D. Johann Christian
Quistorps,
Herzogl. Mecklenburg-Schwerinschen Justitzraths und
ordentlichen Professors der Rechte auf der
Universität zu Bützow.

# Beyträge
zur
Erläuterung verschiedener,
mehrentheils
unentschiedener Rechts-Materien
aus der bürgerlichen
und
peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Zweytes Stück.

Rostock und Leipzig,
in der Koppenschen Buchhandlung, 1778.

# Inhalt
## des zweyten Stücks.

I. Versuch einer richtigen Bestimmung des Verhältnisses der gemeinen in Deutschland üblichen Strafen gegen einander. S. 3

II. Ob eine bürgerliche Witwe, welche nach ihres Ehemannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem verschriebenen Vermächtnisse, und andere zugebilligte Vortheile verliere? 55

III. Von der Zuläßigkeit des Erfüllungs-Eydes in peinlichen Fällen. 69

IV. Ob Eltern in der Disposition unter ihren Kindern eine merkliche Ungleichheit bey der Vertheilung beobachten, und diesen oder jenen nach eigener Willkühr bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlassenschaft ausschliessen können? 83

V. Ob und in wieferne die Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzusehen sey, und welche Strafe deshalb statt finde? 92

VI. Ob die Unterlassung des Widerspruchs bey der Veräusserung eines unterpfändlich verschriebenen Grundstücks für eine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts angesehen werden könne, und alle fernere Ansprache des Gläubigers zernichte? 104

VII. Ob

VII. Ob derjenige, der ohne sein Verschulden verwundet, oder geschlagen worden, unter dem Nahmen des Schmerzgeldes eine Vergütung zu fodern berechtiget sey? S. 116

VIII. Von eydlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen. 124

IX. Von den Strafen der Wucherer nach älteren und neueren Gesetzen. 142

X. Ob die Erben eines Vormundes, wenn wider dieselben auf Ablegung der von jenem geführten Rechnungen geklaget wird, zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwissenheit zu zulassen, zumahl, wenn nach aufgehobener Vormundschaft ein fast dreyßigjähriger Zeitraum verflossen wäre? 169

XI. Ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe? 178

XII. Von der Strafe dererjenigen, welche wider die dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit sich ungehorsam und respectswidrig betragen. 189

XIII. Welcher Beyschlaf eigentlich als ein solcher, der unter der Hofnung der Ehe vollbracht worden, anzusehen? 207

I. Ver=

# I.

# Versuch einer richtigen Bestimmung des Verhältnisses der gemeinen in Deutschland üblichen Strafen gegen einander.

## §. 1.

## Einleitung.

Weil sehr öfters, entweder die Beschaffenheit des Orts, oder der besondere Zustand des Verbrechers, oder andere Vorkommenheiten, es, wo nicht unmöglich, doch wenigstens schwer machen, diese oder jene Strafe, die nach den Gesetzen, dem Gerichtsbrauch, oder dem richterlichen Ermessen, eigentlich statt finden müßte, dermahlen würklich in Anwendung bringen zu können, so ist die Beantwortung der Frage: welche Strafen einiges Verhältniß zu einander haben,

und was für eine und unter welchen Umständen sie allenfals anstatt der andern gebrauchet werden könne? allerdings von Wichtigkeit und vielen Nutzen. Bey dem Mangel gesetzlicher Vorschriften ist es nun freylich mit Schwierigkeiten verbunden, das Verhältniß verschiedener Strafen zu einander völlig genau und vollständig bestimmen zu können, zumahl es an und für sich unmöglich ist, daß zwey verschiedene Strafen, sowohl in Absicht auf das dadurch zugefüget werdende Uebel, und die damit verbundenen Folgen, als auf die zu bestrafenden Personen für solche, die genau und unter allen Umständen mit einander übereinstimmen, mithin im eigentlichen Verstande für verhältnißmässige Strafen angesehen werden können. Da, ausser dem verdienten Herrn Vice-Kanzler Koch [a]) diese Materie, so viel mir bekannt ist, von keinem Rechtslehrer einmahl berühret, geschweige zu einigen gewissen Grundsätzen gebracht worden; so ist in der gegenwärtigen Abhandlung von mir wenigstens ein Versuch dazu gemacht, das Verhältniß der gemeinen Strafen in Deutschland zu einander etwas näher, als bisher geschehen, nach den Gesetzen und den mir bekannten Erkenntnissen verschiedener angesehenen Rechts-Collegien zu bestimmen. Sehr angenehm würde es mir seyn, wenn der gegenwärtige Versuch dazu diente, eines theils der Willkühr der Untergerichte engere Gränzen zu setzen, und diese Materie auf gewisse Grundsätze zu bringen; andern theils aber Geübteren eine Veranlassung zu geben,

a) *In Institut. Iur. crimin. cap. 8.*

geben, um die Materie von dem Verhältniß der Strafen, die von so vielen bereits von der philosophischen und politischen Seite, zum theil mit gutem Nutzen, abgehandelt worden, auch in soferne, als sie eigentlich heutiges Tages in den Gerichten würklich anwendbar ist, vollständig zu entwickeln.

## §. 2.

## Von Strafen, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung zu einander ein Verhältniß haben.

Diejenigen Strafen, die Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung für solche, die zu einander ein Verhältniß haben, gehalten werden können, sind besonders: 1) Die Abhauung der Hand, oder der Finger [a]); 2) die Ausstechung der Augen, oder das Abhauen der

A 3 Hand

a) Art. 108. P. G. O. in den Worten: „So aber "eyner eyn Urphede mit Sachen darumb er das Leben mit verwürket hat, fürsetzlich und freventlich "verbreche, der soll als ein Meyneydiger mit Abhawung der Handt, oder Finger und andern, "wie in nächst obgemelten Artikeln berürt, gestrafft "werden." Weil inzwischen nach dem heutigen Gerichtsbrauch auf die Abhauung der Finger schlechterdings nicht, s. Struben in dem vierten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 78., auf die Abhauung der Hand aber höchstens nur als auf eine Schärfung der Todesstrafe erkannt zu werden pfleget, s. meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 77. *n.*, so hat auch das vormahlige Verhältniß unter dem Abhauen der Hand und der Finger heutiges Tages nicht weiter Statt.

Hand [b]); 3) die Stellung am Pranger, oder ins Halseisen [c]); 4) das Schleiffen zur

b) Art. 159. P. G. O. in den Worten: "Darumb "im diesem Fall der Mann mit dem Strang, und "das Weib mit dem Wasser, oder sonst nach Gele- "genheyt der Person und Ermessigung des Richters "in Andern weg, mit Ausstechung der Augen, "oder Abhawung eyner Handt, oder eyner an- "dern dergleichen schweren Leibsstraff gestrafft wer- "den sollen „ Da inzwischen die Ausstechung der Augen nicht mehr zu den ublichen und angenomme- nen Strafen gehöret, *arg. L. 17. C. de poen.* KRESS *ad art. 159. CC.*, die Abhauung der Hand aber, in soferne sie als eine Leibesstrafe betrachtet wird, ebenfals nicht mehr im Gebrauch ist; so fin- det auch das beschriebene Verhältniß des Ausstechens der Augen zur Abhauung der Hand nicht ferner ei- nige Anwendung.

c) Art. 115. P. G. O. "Item so eyn Procurator "fürsetzlicher gefehrlicher Weiß seiner Parthei im "bürgerlichen oder peinlichen Sachen zu Nachtheyl, "und dem Widertheyl zu gut handelt, und sollicher "übelthat überwunden würde, der soll zuforderst "seinem Theyl nach allem Vermögen seinen Scha- "den so er sollicher Sachen halb empfecht, widerle- "gen und dazu im Pranger, oder Halseisen ge- "stellt, mit Ruten ausgehawen, des Landts ver- "botten, oder sonst nach gelegenheyt der Mißhand- "lung im andern weg gestrafft werden. So wenig ich auch hier zu untersuchen habe, ob und in wie- ferne die in dem angezogenen Artikel wegen der be- schriebenen Art der Collusion eines Sachwaldes mit der Gegenparthey bestimmte Strafe annoch heuti- ges Tages zur Anwendung komme, weil ich davon schon an einem andern Ort zur Genüge gehandelt habe, s. Grundsätze des peinl. Rechts §. 433., so muß ich gleichwohl wegen des in dem angezoge- nen Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung vor- kommenden Verhältnisses verschiedener Strafen hier

kürzlich

zur Gerichtsstätte, oder einige Griffe mit glüenden Zangen [d]); 5) die Landesver-

 wei-

kürzlich bemerken, daß die Stellung ins Halseisen, in soferne solche der Stellung am öffentlichen Pranger gleich geachtet werden soll, allemahl voraussetze, daß das Halseisen an einem öffentlichen Schandpfahl befestiget seyn müsse. Denn, gleichwie letzteres die Ehrlosigkeit zur Begleiterin hat, folglich einer eigentlichen Leibesstrafe gleich geachtet werden muß, s. des Herrn Hofrath Eisenharts Rechtshändel im neunten Theil *n.* 3., so hat gegentheils die Stellung ins gemeine Halseisen den Verlust der Ehre nicht zur Folge, sie pfleget auch nicht der Leibesstrafe gleich geachtet, vielmehr nur zu den sogenannten bürgerlichen, oder geringen Strafen gerechnet, und daher auch von solchen Gerichten, die nur die niedere Gerichtsbarkeit haben, erkannt zu werden. PVFENDORF *de Iurisdict. german. P. 2. Sect. 3. c. 1. §. 314.* und *P. 2. Sect. 4. c. 7. §. 132.* Herr Hofrath Meister im peinl. Proceß S. 32.

d) Art. 130. P. G. O. in den Worten: "Doch zu "mehrer Forcht andern sollen solche boßhafftige miß"thätige Personen, vor der endlichen Todt "Straff geschleifft, oder ettlich Griff in ire "Leib mit glüenden Zangen gegeben werden, "vil oder wenig nach Ermessung der Person und "Tödtung, wie von Mordt deshalb gesetz ist," s. auch Art. 137. P. G. O. in den Worten: "und "man mag in fürgesezten Mordt, so der an hohen "trefflichen Personen des Thätters eygen Herrn, "zwischen Ehleuten, oder nahendt gesipten Freun"den geschicht, durch ettlich Leibstraff, als mit "Zangen Reissen, oder Ausschleyffung vor der "endtlichen Tödtung umb grosser Forcht willen die "Straff mehren." Nach dem Gerichtsbrauch pfleget inzwischen das sogenannte Reissen mit glüenden Zangen, besonders wegen wiederholter Mordthaten, das Schleiffen zur Gerichtsstätte aber wegen anderer

weisung, oder die Verstrickung in einen gewissen Bezirk oder Ort [e]).

§. 3.

## Von den Strafen, die nach Verschiedenheit der Geschlechter einerley Verhältniß zu einander haben.

Strafen, von denen Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung eine zwar überhaupt nicht an-

statt

anderer gravierlichen Umstände, erwählet, zuweilen aber auf beyde angezogene Arten der Schärfung der Todesstrafe zugleich erkannt zu werden, s. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 128. Obs. 8.* und *in Meditatt. ad art. 194. CC.*

*e)* Art. 161. P. G. O. in den Worten: "item so je-"mandt zum andern mahl, doch ausserhalb einstei-"gens oder Brechens, als obsteht, gestohlen hett, "und sich solche beyde Diebstal auf gründigte Erfa-"rung der Wahrheyt, als hievor von sollicher Er-"farung klärlich gesatzt ist, erfunden. Auch diesel-"ben zwen Diebstäl, mit fünf gülden, oder darüber "werth sind, so beschwert der erste Diebstal den an-"dern, darumb mag derselbige Dieb im Branger "gestellt und das Landt verbotten, oder in "demselben Zirck oder Ortt, darinn er ver-"wirkt hat, ewiglich zu bleiben verstrickt wer-"den.„ Obwohl auch noch heutiges Tages, den Umständen nach, auf die Verstrickung, oder Confination erkannt zu werden pfleget, zumahl, wenn durch die Confination dem Endzweck der Strafe eben sowohl, als durch die Landesverweisung ein Genüge geschiehet, und wohl gar erhebliche Gründe letztere widerrathen, BOEHMER *ad art. 161. CC.* §. 1. STRYCK *de confinat.*, so pfleget gleichwohl wegen eines zum zwoten Mahl begangenen Diebstahls darauf nicht leicht erkannt zu werden, s. Grundsätze des peinl. Rechts §. 361.

statt der andern gebrauchet werden kann, die inzwischen bey der Verschiedenheit des Geschlechts einerley Verhältniß zu einander haben, sind besonders folgende: 1) Die Strafe des Rades und des Wassers [a]); 2) die Strafe des Wassers und des Galgens [b]);

 3) die

a) Art. 130. P. G. O. "Item wer jemandt durch "Gift, oder Vhenen an Leib oder Leben beschädigt, "ist es eyn Manßbildt, der soll eynem fürge-"sezten Mörder gleich mit dem Radt zum "Todt gestrafft werden. Thet aber eyn solche "Mißthat eyn Weibsbilde, die soll man er-"trenken, oder in andern weg nach gelegenheyt "vom Leben zum Tode richten.„ Da die Strafe des Ertränkens heutiges Tages an den mehrsten Oertern ausser Gebrauch ist, so pfleget man an dessen statt, besonders in den hiesigen Landen, in Ansehung derjenigen Weibsbilder, die begangener Mordthaten oder der Giftmischung halben eigentlich mit dem Ertränken bestrafet werden sollten, auf die Strafe des Schwerdts, nach vorgängiger Schärfung durch Schleiffen zur Gerichtsstätte, oder Reissen mit glüenden Zangen, zu erkennen MANTZEL *in Iur. crimin. Mecklenb. p. 19. 38. 47.* und *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 4. Iud. 68.*

b) Art. 159. P. G. O. in den Worten: "Darumb "in diesem Fall der Mann mit dem Strang und "das Weyb mit dem Wasser, oder sonst nach ge-"legenheyt der Personen und Ermessung des Rich-"ters in ander weg, mit Ausstechung der Augen, "Abhawung eyner Handt, oder eyner andern der-"gleichen schweren Leibsstraff gestrafft werden sol-"len.„ Eben dieselbe Verschiedenheit in Absicht der Strafe unter beyden Geschlechtern bestättiget auch insbesondere der Art. 162. P. G. O. wegen eines zum dritten Mahl begangenen Diebstahls in den Schlußworten: "und soll darumb, nämlich der "Mann mit dem Strang, und die Fraw mit "dem

"dem Wasser oder sunst im andern weg, nach je-"des Landts gebrauch vom Leben zum Todt gestrafft "werden.„ Das Lübeckische Recht B. 3. Tit. 1. Art. 4. und 5. berühret den Grund, warum Weibsleute mit dem Strange verschonet zu werden pflegen, in folgenden Worten: hat eine Frau Diebstahls wegen ihr Leben verwirket, ist die Summe über fünf Gülden in Goldt, man soll sie umb weiblicher Zucht willen mit dem Strange verschonen, sondern mit dem Schwerdt richten. Nach älteren statutarischen Verordnungen pflegten Weibspersonen begangener Dieberey halber sogar lebendig begraben zu werden, gleich es denn in einem alten Lübeckschen Codice merklich heißt: dat wief, de mit düve verschuldet to hangende scal man levendig vergraben, s. WESTPHAL *in Monument. ined. T. 3. p. 659.* Obwohl nach einiger Rechtslehrer Zeugniß sich aus vorigen Zeiten hin und wieder Beyspiele finden, daß auch Weibsbilder begangener Diebereyen halben mit dem Strange bestrafet worden sind, s. MANTZEL *in Dissert. de fure femina §. 9.* und *12.*, auch dieser Gebrauch (Inhalts der Sächsischen Rechte) der Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung Art. 159. in den Schlußworten, oder sonst in andern weg nach jedes Landes gebrauch, vom Leben zum Tode gestrafft werden sollen, für vollkommen angemessen von angesehenen Rechtslehrern erkläret wird, s. CARPZOV. *q. 82. n. 70.* und *71.*, so pfleget man dennoch heutiges Tages bey Diebinnen, wenn sie das Leben verwirket haben, anstatt der ausser Gebrauch gekommenen Strafe des Wassers, mehrentheils die Strafe des Schwerdts zu erwählen. STRYCK *in V. M. Tit. de furt. §. 2.* LUDOVICI und KRESS *ad art. 162. CC.* Es ist inzwischen der Fall, da eine Diebin ihrer begangenen Diebereyen halben am Leben zu bestrafen wäre, äusserst selten. Denn man pfleget vielmehr wegen des gewöhnlichermassen in Diebstählen bey Weibsbildern ermangelnden animi occidendi, wenn sie sich auch viele wiederholte Diebstähle zu Schulden kommen lassen, und an mehreren andern Antheil genommen hätte, mehrentheils die Verurthei-

lung

3) die Strafe des Schwerdts und des Wassers c).

§. 4.

lung zum Zucht- oder Spinnhaus zu erwählen, und die Dauer derselben verhältnißmäßig zu bestimmen; zumahl überdieß den Weibsbildern bey Diebstählen die Verführung und Verleitung zu einer Milderung der Strafe gewöhnlichermassen zu gereichen pfleget.

c) Art. 133. P. G. O. in den Worten: "Item so jemandt eynem Weibsbild durch Bezwang Essen "oder Trinken, eyn lebendig Kind abtreibet, wer "auch ein Mann oder Weib unfruchtbar macht, so "solch übel fürsetzlich und boßhaftiger weiß beschicht, "soll der Mann mit dem Schwert als eyn "Todtschläger und die Fraw so sie es auch "an jr selbst thette, ertränkt, oder sonst zum "Todt gestrafft werden.„ So wenig nun bey dem Mangel eines würklich concurrirenden homicidii die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung von dem Unfruchtbarmachen nach dem Gerichtsbrauch einige Anwendung findet, s. de BOEHMER *ad art. 133. CC. §. 13.*, so selten ist auch bey dem Mangel einer völligen Gewißheit in Ansehung des Corporis delicti der Fall, daß wegen der Abtreibung der Leibesfrucht, wenn solche gleich in dem Vorsatz gegründet wäre, die Todesstrafe erkannt seyn sollte, s. die Abhandl. von den alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird und deren heutigen Anwendung, in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien, im ersten Stück S. 102. Würde inzwischen ein solcher Fall vorhanden seyn, daß wegen des Corporis delicti keine scheinbare Einwendung gemacht werden könnte, und die Abtreibung einer bereits lebenden Leibesfrucht sich in einem bewiesenen Vorsatz gründete, auch es übrigens an genugsamen Milderungs-Ursachen mangelte, so kann, gleichsam vermöge einer Ausnahme, ohne Unterschied der Geschlechter auf die Strafe des Schwerdts erkannt werden.

## §. 4.

### Von solchen Strafen, davon Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung, wenigstens bewandten Umständen nach, eine anstatt der andern erwählet werden kann.

Zu denjenigen Strafen, die Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung, nach der Verschiedenheit der Grösse und Beschaffenheit des Verbrechens auch des daran Theil habenden Vorsatzes ein Verhältniß zu einander haben, und wovon daher eine anstatt der andern, vorkommenden Umständen nach gewählet werden kann, sind besonders die nachfolgenden zu rechnen: 1) **Die Verweisung des Landes, Stellung am Pranger, Abschneidung der Ohren und Aushauung mit Ruthen** [a]); 2) **das Verbieten** des

a) Art. 123. P. G. O. in den Worten: "Nachdem "zum dickermal die unverstendigen Weibsbilde und "zuvor die unschuldigen Meydtlin, die sonst unver-"leumdt ehrlich Personen seyndt, durch ettliche böse "Menschen Mann und weiber, böser betrüglicher "weiß, damit jn jr jungfrewlich oder frewlich ehr "entnommen, zu sündigen fleischlichen werken gezo-"gen werden, dieselbigen boßhaftigen Kupler und "Kuplerin, auch die jhnen so wissentlicher, gefehrli-"cher und boßhafftiger weiß jre Heuser darzu leihen, "oder solches inn iren Heusern zu beschehen, gestat-"ten, sollen nach Gelegenheyt der Verhandlung "und Rath der Rechtsverstendigen, es sey mit "**Verweisung des Landts, Stellung im "Branger, Abschneidung der Ohren,** oder "**Aushawung mit Rutten**, oder andern gestrafft "werden."

des Landes und das Aushauen mit Ruthen [b]).

## §. 5.

## Von Todesstrafen, die nach dem Gerichtsbrauch ein Verhältniß zu einander haben.

Von den gemeinen Todesstrafen in Deutschland haben die nachfolgenden vermöge des fast allenthalben eingeführten Gerichtsbrauchs ein Verhältniß zu einander: 1) Die Strafe des Stranges und des Schwerdts [a]); 2) die Strafe

b) Art. 113. P. G. O. in den Worten: "Item "welcher bößlicher gefehrlicher weiß, Maß, wag, "gewicht, Specerey oder ander Kaufmanschaft, "fälscht und die für gerecht gebraucht und ausgiebt, "der soll zu peinlicher Straff angenommen, Im "das Landt verbotten, oder an seinem Leib, "als mit Ruten ausgehawen, oder derglei-"chen, nach gelegenheyt und gestalt der über-"fahrung gestrafft werden.„

a) Das beschriebene Verhältniß der Strafe des Stranges zu der Strafe des Schwerdts findet insbesondere einige Anwendung, wenn Adliche, Gelehrte und andere, die jenen am Stande gleich kommen, solche Diebstähle begangen haben, weshalb sie eigentlich und nach dem Buchstaben der Gesetze bey dem Mangel genugsamer Milderungs-Ursachen, mit dem Strange bestraffet werden müßten. Denn, da die Strafe des Galgens zu den ehrlosen gerechnet zu werden pfleget, TENTZEL *de eo quod iustum est circa poenam furtorum*; die benannten Personen aber mehrentheils mit ehrlosen Strafen verschonet zu werden pflegen. MAVRIT. *de nobilitat. german. Th. 47*: so wird auch in solchen Fällen bey dem Mangel besonders gravierlicher Umstande, die Strafe des Galgens gewohnlich in die Strafe

Strafe des Rades und die Strafe des Schwerdts mit einiger Schärfung vor der würklichen Tödtung verbunden [b]); 3) die Strafe des Viertheilens, oder des Feuers und

Strafe des Schwerdts verwandelt. TAVBER *de licita in criminalibus Prosopolepsia*, *Alt. 1720.* MANTZEL *de respectu personar. in foro criminali.* Wenn weiter von Weibsbildern, die den Rechten nach, begangener Diebereyen halben das Leben verwirket haben, die Rede seyn möchte, so pfleget ebenfals aus dem bereits angezogenem Grunde das beschriebene Verhaltniß statt zu haben, und auf die Strafe des Schwerdts erkannt zu werden. §. 3. *b*).

*b*) Als Schärfungen der Strafe des Schwerdts werden gewöhnlichermassen angesehen: das Schleiffen zur Gerichtsstätte, das Zangenreissen, das Handabhauen vor der Tödtung und das Stecken der Hand und des Kopfes auf besondere Pfähle, KOCH *Inst. Iur. crimin.* §. *115.* Weil die peinliche Gerichts-Ordnung bey Bestimmung der Strafe der Giftmischer insbesondere auf die Verschiedenheit des Geschlechts zu sehen, und daher die Giftmischer mit dem Rade, die Giftmischerinnen aber mit dem Ertränken, zu bestrafen befielet; Art. 130. P. G. O., letzteres aber fast an allen Orten ausser Anwendung ist: so scheinet der fast durchgängig angenommene Gerichtsbrauch, nach welchem Frauensleute begangener Mordthaten halben mit der Strafe des Rades verschonet werden, und an dessen statt auf die Enthauptung mit einem Schleiffen zur Gerichtsstätte, Zangenreissen, oder Abhauen der Hand verbunden erkannt wird, auf guten Gründen zu beruhen. Denn, obzwar der Art. 137. P. G. O. bey der Bestimmung der Strafe vorsätzlicher Mordthaten auf die Verschiedenheit des Geschlechts keinen Betracht nimmt, so kann doch dieser Umstand nicht zur Wiederlegung des von mir behaupte-

und das Rädern von unten auf [c]); 4) die Strafe des Galgens und die Strafe des Schwerdts mit dem Flechten aufs Rad nach geschehener Enthauptung verbunden [d]); 5) die Strafe des Feuers und die Ent-

behaupteten Satzes dienen, weil nach allen vernünftigen Gründen zu urtheilen, dasjenige, was von der Strafe der Giftmischung, als einer Unterart des Mordes gilt, billig von einer Mordthat überhaupt gelten muß, zumahl hier völlig einerley Verhältniß vorhanden ist. Eigentlich wird daher die in dem Art. 130. P. G. O. bereits im allgemeinen festgesetzte Verschiedenheit des Geschlechts, nach welcher die Strafe einer begangenen Giftmischung zu bestimmen, bey der Bestimmung der Strafe der Mörderinnen, als würklich schon entschieden und ausgemacht in dem Art. 137. P. G. O. zum vorausgesetzet.

c) Obzwar die Strafe des Feuers *L. 28. D. de poen.*, und der Viertheilung, sowohl ihrer Beschaffenheit, als ihren Folgen nach, für die schrecklichsten Todesstrafen gehalten zu werden pflegen, so scheinet dennoch die Strafe des Rades, besonders, wenn sie von unten auf vollzogen wird, (welches gleichwohl der Regel nach nicht geschiehet, s. BOEHMER *ad art. 192. CC. §. 2.* und **Herr Vice-Kantzler Koch** *in Instit. Iur. crimin. §. 109. n. 1.*) mit der Strafe der Viertheilung und des Feuers in einiger Verhältniß zu stehen. Aus diesem Grunde kann, unter denjenigen Einschränkungen, unter welchen eine Strafe in eine andere verwandelt werden darf und die (§. 20—22.) vorkommen werden, die Strafe des Rades von unten auf, anstatt der Viertheilung, oder des Feuers, vorkommenden Umständen nach, gebrauchet werden.

d) Das Verhältniß des Galgens zu der Strafe des Schwerdts mit dem Flechten des Leichnams aufs Rad verbunden, kommt besonders sodann vor, wenn der

Enthauptung mit dem Verbrennen des Leichnams verbunden *e*).

§. 6.

der Missethäter sowohl des von ihm vollbrachten Raubes, als der von ihm begangenen Diebstähle halben das Leben verwirket hat. Denn, in einem solchen Fall stehet, nach den Meynungen verschiedener Rechtslehrer, dem Richter die Wahl zu, entweder auf die Strafe des Stranges, oder auf die Strafe des Schwerdts, wiewohl mit der Schärfung, daß der Korper nach geschehener Enthauptung aufs Rad geflochten werde, erkennen zu können. SCHÖPF *de concursu delictorum* §. 14. BERGER *in Elect. crimin. c. 2. membr. 1.* §. 24. Struben im 5ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 59.* Da ein solcher Fall, wenn nämlich einer zugleich Raubes und Diebstahls halben das Leben verwirket hat, in den Gesetzen nicht entschieden ist, so scheinet zwar die angezogene Meynung dem ersten Ansehen nach allerdings vieles für sich zu haben. Weil inzwischen das Flechten aufs Rad nur eigentlicher Mordthaten halben gebrauchet zu werden pfleget; so ist auch, meinem Bedünken nach, ein Räuber, der zugleich seiner Diebstähle halben das Leben verwirket hat, nur mit dem Galgen zu bestrafen, es wäre dann, daß mit dem Raube zugleich ein vorsätzlicher Todtschlag, der gleichwohl nicht die Eigenschaft des Mordes hätte, verbunden seyn sollte, oder auch der Räuber seine Strassenräuberey zu verschiedenen Mahlen wiederholet haben möchte, da denn unter solchen Umständen das Flechten des Leichnams aufs Rad unbedenklich wäre.

*e*) Das Verhältniß der Strafe des Feuers zu der Enthauptung mit dem Verbrennen des Leichnams verbunden, hat sodann statt, wenn bey einer Missethat, die an und für sich mit dem Feuer zu bestrafen ist, einige Milderungs-Gründe für den Verbrecher eintreten, weshalb zwar die Todesstrafe nicht nachgelassen werden kann, inzwischen einige Milde bey der Vollstreckung der Strafe zu beweisen ist, s. Grundsätze des peinl. Rechts §. 75. *n. e*).

## §. 6.

## Von dem Verhältniß der Verurtheilung zur Karre, oder zum Vestungsbau zu der Zuchthausstrafe.

Wenn gleich nach den Meynungen vieler Rechtslehrer verschiedene Verbrechen, z. B. das Betteln [a]), die Hurerey, der Ehebruch, Banquerout und Betrug gewöhnlichermassen besonders mit einer angemessenen Zuchthausstrafe zu belegen sind [b]), so hat es doch nach dem Gerichtsbrauch keinen Zweifel, daß überhaupt in schweren Missethaten, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit stöhren, zumahl, wenn solche von gesunden und boßhaften Mannspersonen begangen seyn möchten, am meisten auf die Verurtheilung zum Vestungsbau, oder Karrenschieben, zu erkennen sey, Weibsbilder aber ohne Unterschied der von ihnen begangenen Verbrechen, in soferne anders den Umständen nach eine eigentliche Leibesstrafe statt findet, und sie nicht wohl gar das Leben verwirket haben, nur mit einem verhältnißmässigen Zuchthaus zu bestrafen bleiben [c]). Ob nun zwar letzteres von niemand bezweifelt wird, so pflegen dennoch nicht alle und jede Rechtscollegien genau, oder

a) *Arg. L. vn. C. de mendic. valid.* REINHARTH *de ergastulis eorumque Iure Erford. 1734. §. 4.*

b) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 78.

c) Herr Hofrath Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen *Dec. 24. 55. 61. 62.*

oder schlechterdings auf die Verurtheilung zum Vestungsbau zu erkennen, wenn diese gleich vermöge des festgestellten Grundsatzes keinen Zweifel hätte. Es ist auch diese Gewohnheit um so weniger zu tadeln, als in einigen Ländern bereits viele, in andern wenigere Anstalt zur Verurtheilung zu öffentlicher Arbeit vorhanden ist, in andern aber es wohl gar daran gänzlich ermangelt. Aus diesem Grunde pfleget es in einigen Erkenntnissen zu heissen: daß Inquisit mit dem Vestungsbau, oder Zuchthause [d]); in andern, daß er mit dem Vestungsbau oder andern öffentlichen Arbeiten [e]); in andern, daß er mit dem Zuchthaus, oder der Verurtheilung zu andern öffentlichen Arbeiten [f]) zu bestrafen; und endlich, daß Inquisit bey dem Mangel der Anstalt zu öffentlicher Arbeit mit dieser, oder jener Leibesstrafe zu belegen. Man pfleget inzwischen gewöhnlich in den Erkenntnissen, worin auf eine solche Alternirung erkannt wird, in dem Fall, da die Verurtheilung zum Zucht- oder Spinnhaus erwählet werden dürfte, die Dauer der letzteren zu verdoppeln. Daher heißt es gewöhnlich in solchen Erkenntnissen, daß Inquisit auf ein Jahr zur Karre, oder Vestungsbau zu verurtheilen, in dessen Ermangelung aber mit dem Zucht- oder Spinnhause auf zwey Jahre zu bestrafen. Würde inzwischen ein Verbrecher auf seine ganze noch übrige Lebenszeit zum

d) Meister a. O. Dec. 6. 52.

e) Meister a. O. Dec. 12.

f) Meister a. O. Dec. 26.

zum Vestungsbau, und in dessen Ermangelung, zum Zuchthause verurtheilet, so pfleget man in dem letzteren Fall, entweder in Ansehung der zu leistenden Arbeit, oder auch in Absicht auf die Beköstigung [g]), eine gewisse Schärfung gewöhnlicher Weise hinzuzufügen.

## §. 7.

### Von dem Verhältniß der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder Gefangenschaft auf Lebenszeit, zu dem Staubbesem mit der ewigen Landesverweisung verbunden.

So gewöhnlich auch ehemal der Staubbesem war, indem derselbe bey allen Arten von Missethaten, da den vorhandenen Umständen nach auf eine schwere Leibesstrafe erkannt werden mußte, statt fand [a]), so wenig pflegen gleichwohl Schöpfenstühle, die bey ihren Erkenntnissen in peinli-



g) Die Zuchthausstrafe wird daher dadurch gar sehr geschärfet, wenn in den Erkenntnissen, wie zuweilen geschiehet, besonders hinzugefüget wird, daß der Inquisit während seines Aufenthalts im Zuchthause sich lediglich mit Wasser und Brodt beköstigen solle. LEYSER *Spec. 550.* Allein, selbst in dem Fall, da solchergestalt ausdrücklich erkannt worden, bleibet es den Gerichten unbenommen, einem solchen Züchtling, wenigstens alle Monath ein, oder zwey Mahl warme Speise zu reichen, so wie es sich auch von selbst verstehet, daß die Beköstigung mit Wasser und Brodt auf die Zeit, da ein solcher Züchtling krank und elend ist, nicht zu ziehen sey.

a) CARPZOV. *q. 129. n. 27. sq.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 129. Obs. 1.*

chen Fällen der wahren Endzwecke der Strafe nicht verfehlen, heutiges Tages auf denselben zu erkennen [b]). An denjenigen Oertern, wo nur irgend eine Anstalt zur Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten vorhanden, oder, wo solche wenigstens in der Nähe ohne schwere Kosten zu haben ist, pfleget man dieselbe der Strafe des Staubbesems [c]) bey weitem vorzuziehen [d]). Auch da, wo jene Arten von Anstalten gänzlich ermangeln, pfleget man bey dem Gebrauch des Staubbesems die äusserste Vorsicht zu beweisen, und denselben nur sodann annoch zuzulassen, wenn die Hofnung der Besserung bey der bereits weit ins männliche Alter fortgesetzten Lebensart des Verbrechers gänzlich ermangelt [e]). So ausgemacht und entschieden

b) BODINUS *de fustigat. iniquo usu hodierno Hal.* 1705. BECKER *Diss. an poena fustigat. cum perpetua relegat. coniuncta reprobanda sit. Rostoch.* 1759.

c) Einige Schöpfenstühle und andere Gerichte haben die Gewohnheit, sodann annoch auf den Staubbesem zu erkennen, wenn die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf Lebenszeit vorkommenden Umständen nach statt findet, und sie verbinden solchergestalt den Staubbesem allemahl mit lebenswierigen öffentlichen Arbeiten. LEYSER *Spec.* 536. *n.* 9. Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen *n.* 118. BROCKES *Select. Obs. forens. Obs.* 606. Unter diesen Einschränkungen würde sich nun der Gebrauch des Staubbesems annoch heutiges Tages im allgemeinen füglich vertheidigen lassen.

d) WERNHER *P.* 5. *Obs.* 51. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

e) BOEHMER *Tom.* 2. *Cons.* 1007. *n.* 19. HARPRECHT

den diese Grundsätze sind, so zweifelhaft ist gegentheils dem Anschein nach die Beantwortung der Frage: in welchem Verhältniß der Staubbesem [f]) mit der zur Strafe geschehenen Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten stehe? Denn, so überzeugend und einleuchtend auch die Gründe wider den Gebrauch des Staubbesems sind, so schwierig scheinet gleichwohl eine genaue und unter allen Umständen zutreffende Beantwortung der aufgeworfenen Frage zu seyn. Dennoch hänget von derselben richtigen Entscheidung und Beantwortung um deswillen gar vieles ab, weil bey der Unzulänglichkeit der Criminal-Gesetze in Deutschland das meiste, was die Entscheidung peinlicher Fälle anlanget, auf dem Gerichtsbrauch beruhet [g]), und nach demselben, wenigstens, wenn man ältere Rechtslehrer und deren Entscheidungen zu rathe ziehet, häufig auf den Staubbesem, den man jetzo mit Grunde verwirft, zu erkennen ist. Verschiedene Rechtslehrer wol-



PRECHT *Dec. 1. n. 35.* Besser ist inzwischen der Gebrauch, den Verbrecher bey dem Mangel der Anstalten zu öffentlichen Arbeiten, öffentlich am Pfahl mit Ruthen, oder mit der Karbatsche zu züchtigen; und ihn demnächst, ohne ihn vorher förmlich ehrloß gemacht zu haben, des Landes auf ewig zu verweisen.

f) Bey der schwächlichen Leibes-Constitution des Verbrechers, pfleget man denselben zuweilen anstatt des Staubbesems, im Gefängniß scharf mit Ruthen zu züchtigen. LEYSER *Spec. 535. n. 11.*

g) MEISTER *Diss. de Iur. Roman. crimin. in German. maxime hodiern. auctoritat. Goet. 1766. §. 26. 33. s. Select. Opusc. n. 1.*

len zwar in den Fällen, da ein Verbrecher vormahl mit dem Staubbesem zu bestrafen gewesen ist, denselben heutiges Tages auf Lebenslang zum Vestungsbau, oder Zuchthause verurtheilet wissen [h]). Allein, diese Meynung verdienet um so weniger gegründeten Beyfall, als selbst die peinliche Gerichts-Ordnung den Staubbesem nur als eine Leibesstrafe bestättiget [i]), die lebenswierige Gefangenschaft aber für eine solche Strafe, die der Todesstrafe gleich kommt, ansiehet [k]). Hieraus sind die Grundsätze der Rechtslehrer zu erklären, nach welchen ein Missethäter nur sodann auf Lebenszeit zu den öffentlichen Arbeiten, oder zur Gefangenschaft zu verurtheilen ist, wenn entweder das Verbrechen sowohl an und für sich, als den mehrsten Umständen nach, capital ist, inzwischen einige Bedenklichkeiten die Erkennung der Todesstrafe widerrathen, oder auch, wenn es nicht zu den Capital-Verbrechen gehöret, indessen doch nicht allein gravierliche Umstände eintreten, sondern auch die Hofnung der Besserung bey dem Verbrecher gänzlich ermangelt, überdieß auch der Staat und die angränzenden Länder durch die Freylassung des Gefangenen vielen Gefahren bloß gestellet werden dürften [l]). Hieraus sind die Urtheile

h) LEYSER *Spec.* 641. und 648. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 3.

i) Art. 115. 159. und 192. P. G. O.

k) Art. 10. und 101. P. G. O.

l) BROCKES *Obs.* 327. Meister in den rechtl. Erkennt-

theile verschiedener Schöpfenstühle zu erklären, die anstatt des Staubbesems, nicht sowohl die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf Lebenszeit erwählen, als vielmehr theils auf sechsjährige Zuchthausstrafe mit ewiger Landesverweisung nach überstandenem Zuchthause verbunden [m]), theils aber auf eine Verurtheilung zum Vestungsbau, oder Zuchthaus auf zwölf Jahre, nachdem der Inquisit mit in Händen habenden Ruthen eine Stunde lang im öffentlichen Pranger gestellet gewesen, erkennen [n]). Allein, so sehr es auch an und für sich zu billigen ist, daß eine jede Strafe von einiger Erheblichkeit, des zu stiftenden Eindrucks wegen, so weit es immer möglich, öffentlich vollzogen werde, so würde ich gleichwohl in einem solchen Erkenntniß an der Stelle des infamirenden Prangers, lieber den die Ehre nicht raubenden gemeinen Strafpfahl setzen [o]), inzwischen auch zugleich bey der Bestimmung der eigentlichen Dauer der öffentlichen Arbeiten, zu welchen der Verbrecher, anstatt der Bestrafung mit dem Staubbesem, nun verurtheilet werden muß, vielen Betracht nehmen. Denn, wie meinem Bedünken nach die Verurtheilung zum Vestungsbau auf sechs Jahre dem Staubbesem mit der ewigen



Erkenntnissen und Gutachten in peinl. Fällen *Dec. 11. 31. 57. 65.*

*m)* Carrach a. O. *n.* 12.

*n)* SCHORCH *in Sentent. et Respons. select. Sent.* 35.

*o)* WEHNER *Obs. Pract. Cent.* 2. *Obs.* 9. und *Cent.* 4. *Obs.* 83.

Landesverweisung verbunden, gleich zu achten ist, so ist gegentheils bey der Bestimmung des Verhältnisses des Staubbesems mit der Zuchthausstrafe in Ansehung der letzteren, eine Dauer von zehn Jahren erfoderlich; inzwischen sowohl in diesem, als in jenem Fall die vorgeschlagene, oder eine andere ähnliche Schärfung vor der Abführung des Verbrechers zum Vestungsbau, oder Zuchthaus damit zu verbinden.

## §. 8.

## Von dem Verhältniß der Landesverweisung zu der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf gewisse Jahre.

Obgleich die Landesverweisung als eine ihren Endzweck häufig verfehlende Strafe in einigen Ländern durch landesherrliche Verordnungen gänzlich aufgehoben worden [a]), in allen aber wenigstens in Absicht der Leibeigenen eingeschränket zu werden pfleget [b]), es auch an und für sich nicht zu leugnen ist, daß bey dem Erkenntniß darauf mit vieler Vorsicht und Behutsamkeit zu verfahren sey, so leidet es doch auch auf der andern Seite keinen Zweifel, daß es gewisse Verbrechen geben

a) S. das Königl. Preuß. Rescript, daß die Delinquenten nicht mit dem Staupenschlag und der Landesverweisung, sondern mit dem Karrenschieben und Zuchthause zu bestrafen, 1745. Struben in dem zwoten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 108. §. 1.

b) MANTZEL *Diss. de limit. iustit. iur. aggratiand. et arbitr. Iudicis.*

geben könne, wo entweder das durch die Missethat gestiftete Aergerniß die Entfernung des Maleficanten fast nothwendig macht, oder, wo wenigstens bey der Heraussetzung des Verbrechers aus seiner bisherigen Lebensart und Verbindung, desselben Besserung und Sinnesänderung mit Grunde zu vermuthen stehet. Aus dieser Ursache ist daher die Landesverweisung nicht gänzlich zu verwerfen, so wie sie denn auch in der peinlichen Gerichts-Ordnung c) in einigen Fällen ausdrücklich bestättiget worden. Besonders ist um der Fälle willen, da entweder des Standes des Verbrechers, oder anderer Vorkommenheiten wegen, die Landesverweisung anstatt der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu erwählen, die Bestimmung eines richtigen Verhältnisses der Landesverweisung zu öffentlichen Arbeiten von vielem Nutzen. Es hat aber nach dem Zeugniß der Rechtslehrer und anderer mir bekannter Erkenntnisse die Landesverweisung zu der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten nachfolgende Verhältnisse: 1) **Die Verurtheilung zum Vestungsbau, in dessen Ermangelung zum Zuchthause auf acht Jahre, oder die Abhauung der Hand mit der ewigen Landesverweisung verbunden** d);

 2) die

c) Art. 123. 161. und 198. P. G. O.

d) LEYSER *Spec.* 550. Dieser Rechtslehrer hält nun zwar die angeführte Art der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten für angemessener, und will sie um deswillen auch der andern mit ihr angezogenermassen in Verhältniß stehenden vorgezogen wissen.

Da

2) die lebenswierige Landesverweisung, oder eine zweyjährige Zuchthausstrafe nach vorhergegangenen scharfen Wilkommen [e]); 3) die Landesverweisung auf Lebenszeit nach überstandener vierzehntägiger Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt, auch darauf geschehener Stellung im gemeinen Halseisen auf eine Stunde, oder die Verwahrung an einen sichern Ort bey gemässigter Arbeit auf Lebenszeit [f]); 4) ein Jahr lang Vestungsarbeit und die Landesverweisung auf unbestimmte Zeit [g]); 5) die Ver-

Da inzwischen die Abhauung der Hand als eine Leibesstrafe betrachtet, heutiges Tages ausser Gebrauch ist, s. Grundsätze des peinl. Rechts §. 77. *n.*, so kann daher auch das vorgeschlagene Verhältniß nicht ferner einige Anwendung finden.

*e)* Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen *n.* 120. und 121. Der Regel nach vergleichet sich inzwischen, meinem wenigen Ermessen nach, eine Zuchthausstrafe auf zwey Jahre eher mit der Landesverweisung auf zehn Jahre, ob ich gleich zugebe, daß besondere Gründe und Umstände das angezogene Verhältniß ebenfals rechtfertigen können.

*f)* Dieses Verhältniß kann nur bey alten und schwächlichen Leuten, von deren bekannten Gesinnungen viel böses zu befahren stehet, in Anwendung gebracht werden. Denn, unter solchen Umständen pfleget man die lebenswierige Aufbewahrung des Verbrechers an einem sichern Ort und bey gemässigter Arbeit der angezogenen Art der Landesverweisung billig vorzuziehen.

*g)* Die Verurtheilung zum Vestungsbau auf ein Jahr wird

Verurtheilung zum Zucht- oder Spinnhause auf zehn Jahre, oder die ewige Landesverweisung, wiewohl mit der Schärfung, daß der Inquisit vier Wochen lang zu einem Gefängniß bey Wasser und Brodt verurtheilet, auch sowohl vor, als nach überstandener Gefängnißstrafe, jedesmahl eine Stunde an einem nicht infamirenden Halseisen gestellet gewesen sey; 6) eine Zuchthausstrafe auf drey Monathe, oder die Landesverweisung auf unbestimmte Zeit [h]); 7) die Verurtheilung zum Zuchthause auf ein Jahr, oder die Landesverweisung auf vier Jahre; 8) die Verurtheilung zum Vestungsbau auf zwey Jahre, oder die ewige Landesverweisung; 9) die Verurtheilung zur Karre, oder Vestungsbau auf ein Jahr und die Landesverweisung auf zehn Jahre.

§. 9.

wird inzwischen eher mit der Landesverweisung auf zehn Jahre und dem Vestungsbau auf zwey Jahre, als mit der Landesverweisung auf Lebenszeit, in Vergleichung gesetzet.

h) Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 108. Dieses Verhältniß läßt sich sodann einigermassen rechtfertigen, wenn die Landesverweisung nicht öffentlich vollzogen wird, folglich keinen Verlust der Ehre mit sich verbunden hat, vielmehr nur in aller Stille und ohne irgend einiges Aufsehen zur Ausführung gebracht wird. HARPRECHT *Dec.* 27. *n.* 54.

## §. 9.

## Von dem Verhältniß der Landesverweisung zu der blossen Districts = oder Gebieths = Räumung, imgleichen von dem Verhältniß der ersteren zu der sogenannten Verstrickung, oder Confination.

Da die Landesverweisung zu den eigentlichen peinlichen Leibesstrafen gehöret, auch die Ehrlosigkeit in Ermangelung einer ausdrücklichen und in der Urthel geschehenen Vorbehaltung der Ehre, zur Begleiterin hat [a]), die blosse Districts= oder Gebieths=Räumung aber der Ehre keinen Nachtheil zuziehet [b]), auch eigentlich letztere nicht einmahl zu den peinlichen Strafen gehöret [c]), so kann diese letztere nur sodann, anstatt der ersteren erkannt werden, wenn dem Angeschuldigten einige Milderungs=Ursachen zu statten kommen, inzwischen dessen Entfernung, entweder des gegebenen Aergernisses, oder anderer Vorkommenheiten wegen, nothwendig ist. Gegentheils pfleget man auf die Verstrickung, oder auf die Verbindlichkeit, diesen, oder jenen Ort, oder District nicht zu verlassen, anstatt der Landesverweisung zu erkennen, wenn zwar die Entfernung

a) WERNHER P. 4. *Obs.* 151. Meister im peinl. Proceß S. 33.

b) STRECKER *Diss. de relegat. inprimis academ. et quaest. an notet. Erf.* 1731. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 79.

c) LEYSER *Spec.* 652. *n.* 14. 15.

fernung des Verbrechers von gewissen Oertern, oder Gegenden zur Vermeidung des Scandals, oder, damit die Sicherheit solcher Oerter nicht verletzet werde, nothwendig ist; allein, der Verbrecher dabey alt, oder krank, auch ansessig ist, und eine Familie zu ernähren hat, im übrigen auch der Endzweck der Strafe durch die verfügte Verstrickung eben sowohl, als durch die öffentliche Landesverweisung, zu erhalten stehet [d]).

## §. 10.

### Von dem Verhältniß der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu dem Gefängniß bey Wasser und Brodt.

Bey dem Mangel einer Anstalt zur Verurtheilung eines Verbrechers zu den öffentlichen Arbeiten, oder bey andern vorkommenden Hindernissen, pfleget die Zuchthaus- oder Vestungsstrafe zu einem Gefängniß bey Wasser und Brodt folgende Verhältnisse zu haben: 1) Zehn Jahr lang Zuchthaus, oder Vestungsarbeit, oder ein vierwöchiges Gefängniß bey Wasser und Brodt unter Abwechselung warmer Speise auf den achten Tag, und eine bey dem Anfange und Ende der Gefängnißstrafe, jedesmahl auf eine Stunde damit verbundene Stellung an einem gemeinen und nicht infamirenden Halseisen. Weiter pfleget eine solche beschriebene Gefängnißstrafe, wenn

d) de BOEHMER *ad art. 161. CC. §. 1.*

wenn sie mit einem zehnjährigen Zuchthaus, oder Vestungsbau Verhältniß haben soll, gewöhnlich mit der ewigen Landesverweisung verbunden zu werden. 2) Sechswöchentliche Vestungsarbeit, oder sechsmonathliche Zuchthausstrafe, oder ein sechswöchentliches Gefängniß bey Wasser und Brodt, unter Abwechselung warmer Speise auf den achten Tag; 3) ein Jahr lang Zuchthausstrafe, oder sechsmonathliches Karrenschieben, oder vierzehntägiges Gefängniß bey Wasser und Brodt ohne Abwechselung warmer Speise, und überdieß mit der Schärfung, daß der Verbrecher nach überstandenem Gefängniß am Pfahl öffentlich dreyßig derbe Karbatschen Streiche erhalte, verbunden. Die angeführten Verhältnisse finden in verschiedenen Erkenntnissen der Juristen-Facultät auf hiesiger Friederichs-Universität ihre Bestättigung, und sie scheinen auch in aller Absicht völlig angemessen zu seyn.

## §. 11.

### Von dem Verhältniß der Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten zu der Bezahlung einer Geldbusse.

Das Verhältniß einer Vestungs- oder Zuchthausstrafe zu einer Geldbusse, kann besonders so dann in Anwendung kommen, wenn nach dem gemeinen Recht, oder nach besonderen Landesgesezen,

zen, der Verbrecher seiner Missethat halben an und für sich zum Vestungsbau, oder zum Zuchthause zu verurtheilen wäre, inzwischen gleichwohl, entweder der Stand der Person, oder andere Umstände, eine Verwandelung jener Strafe in eine Geldbusse gewissermassen nothwendig machen [a]). Es hat aber nach verschiedenen mir bekannten Erkenntnissen die Verurtheilung zum Vestungsbau, oder Zuchthause zu einer Geldbusse folgende Verhältnisse: 1) **Die Verurtheilung zum Vestungsbau, oder zu andern öffentlichen Arbeiten auf ein Jahr mit der Schärfung, daß einen Tag um dem andern der Verbrecher sich bloß mit Wasser und Brodt beköstigen müsse, oder eine Geldbusse von funfzig Thalern** [b]); 2) eine Zucht-

a) In den mehresten Erkenntnissen, die mir vorgekommen sind, habe ich nur sodann zwischen einer Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten und einer Geldbusse ein Verhältniß gefunden, wenn jene sich nicht länger, als hochstens auf ein Jahr erstrecket hat. Es kann daher die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten nicht in Vergleichung, oder Verhältniß gebracht werden, wenn jemand seiner Missethaten halben zu den öffentlichen Arbeiten, oder zur Gefangenschaft auf viele Jahre, oder wohl gar auf Lebenszeit, zu verurtheilen ist.

b) **Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen** *n.* 93. Es scheinet dieses Verhältniß in keine Wege angemessen zu seyn. Denn gewohnlicher Weise ist die Verurtheilung zum Zuchthause auf ein Jahr mit einer Geldbusse von hundert Thalern und der einjährige Vestungsbau mit einer Geldstrafe von zweyhundert Thalern zu ver-

Zuchthausstrafe mit Empfangs-Schilling auf drey Monathe, oder eine Geldbusse von dreyßig Thalern [c]; 3) eine halbjährige Zuchthausstrafe, oder funfzig Thaler und nach einem andern Erkenntniß 4) die Verurtheilung zum halbjährigen Vestungsbau, oder funfzehn Thaler, oder zum viertel Jahr, oder acht Thaler [d]).

## §. 12.

### Wie eine Strafe wegen Vorbehaltung der Ehre oder des guten-Nahmens zu schärfen?

Da die Ehrlosigkeit [a]), in soferne sie aus einem peinlichen Verbrechen erwächset, vermöge sehr

vergleichen. Wenn aber der Verbrecher während der angezogenen Zuchthaus- oder Vestungsstrafe angeführtermassen sich sogar mit Wasser und Brodt beköstigen muß, so ist auch unter den beschriebenen Umständen die Geldbusse wenigstens um funfzig Thaler zu erhöhen.

*c)* Carrach a. O. *n.* 89.

*d)* Das unter dem vierten Nummer bemerkte Verhältniß, welches sich in würklich erfolgten Erkenntnissen gründet, ist der Regel nach, vermöge desjenigen, so vorhin angeführet worden, nicht als richtig anzunehmen, es wäre dann, daß dem Verbrecher eine gegründete Hofnung der Besserung zu statten käme, und unter solchen Umständen seine notorische Mittellosigkeit bey der etwa nachgesuchten Minderung der Geldbusse in Betracht kommen könnte.

*a)* Der Verlust der Ehre sollte eigentlich nur sodann eine Folge der Strafe seyn, wenn entweder auf die

sehr erheblicher Gründe zu den Leibesstrafen gerechnet zu werden pfleget [b]), so ergiebet sich auch daher von selbst, daß ein Richter nur in soferne auf den Verlust der Ehre erkennen, oder bey der Urthel dem Verbrecher nur in soferne seinen guten Nahmen vorbehalten könne, als ihm überhaupt frey stehet, in peinlichen Fällen entscheiden zu können [c]). Es sind inzwischen angesehene Rechtslehrer, die in dem Fall, da auf ein Verbrechen nur eine Gefängnißstrafe haftet, dem Richter erlauben, die aus dem Verbrechen an und für sich entspringende Infamie zu erlassen, und um deswillen auf eine geschärftere Strafe zu erkennen [d]). Allein, die Frage selbst: ob und in wieferne einem Richter freystehe, einem Verbrecher die Ehre vorzubehalten? habe ich jetzt nicht zu beantworten,

die Todesstrafe s. WOLLE *Diss. de damnata memoria Lips. 1776.*, oder auf die Verurtheilung zu lebenswierigen öffentlichen Arbeiten erkannt worden. Sodann wäre es vielleicht, des zu stiftenden Eindrucks wegen, von gutem Nutzen, wenn einem ehrlosen, um ihn von andern Menschen zu unterscheiden, sichtbare Merkmahle, die ihn als einen ehrlosen auszeichneten, angefüget würden. BODINVS *de iure circa infam. eiusque inter Christianos abusu.*

*b)* Art. 104. und 110. P. G. O. Meister im peinl. Proceß S. 32.

*c)* Meine Abhandlung von dem Verschicken der Acten in peinl. Fällen in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener unentschiedener Rechts-Materien, im ersten Stück.

*d)* Struben in dem dritten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 22.

ten, da ich nur das Verhältniß der Strafen zu einander zu bestimmen suche. Mir genüget hier, daß es allerdings Fälle geben könne, da die des Verbrechens wegen verwirkte Ehre dem Thäter füglich vorbehalten werden könne [e]). Ob nun zwar die Schärfung der Strafe wegen der geschehenen Vorbehaltung der Ehre nach der Verschiedenheit der Verbrechen, des Standes und der anderweit verwirkten Strafe, verschiedentlich erhöhet werden muß [f]), so ist dennoch, meinem Bedünken nach, die Dauer der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten wegen der geschehenen Vorbehaltung der Ehre wenigstens um ein Jahr zu erhöhen, die zeitliche Landesverweisung in eine lebenswierige zu verwandeln, eine Geldbusse zu verdoppeln, und die Dauer der Gefängnißstrafe auf noch einmahl so lange Zeit, als sonst geschehen könnte, zu erstrecken. Auf solche Weise sind denn auch andere Strafen verhältnißmäßig zu schärfen [g]).

§. 13.

e) *Arg. L. 13. §. 7. de his qui not. infam. L. 10. §. fin. D. de poen.* COTHMANN *Resp. 50. n. 23.* WERNHER *P. 5. Obs. 151.* CARPZOV *q. 94. n. 78.* MEV. *P. 3. Dec. 32.*

f) HARPRECHT *de infam. dispensat. quae fit per aggrauat. poenae.*

g) Es verstehet sich inzwischen von selbst, daß hier von solchen Fällen, wo bewandten Umständen nach, die poena infamiae keinen Zweifel leidet, die Rede sey. Denn, im Fall die letztere zwar an und für sich mit dem Verbrechen überhaupt betrachtet verbunden ist, allein dermahlen bey den eintretenden Vertheidigungs-Gründen, die entweder überall keinen

## §. 13.

## Von dem Verhältniß der Landesverweisung, Stadt- oder Gebieths-Räumung zu einer Gefängnißstrafe.

Die Verweisung aus einem Lande, Stadt, oder Gebiethe, hat, nach dem Zeugniß verschiedener Rechtslehrer, zu einer blossen Gefängnißstrafe folgende Verhältnisse: 1) Eine zweyjährige Landesverweisung, und ein achtwöchiges Gefängniß [a]); 2) die Landesverweisung auf ein Jahr, und ein sechswöchiges Gefängniß [b]); 3) die Verweisung



nen Vorsatz, oder doch nur einen geringeren Grad desselben vermuthen lassen, keine Anwendung findet, so kann auch die dem Angeschuldigten mit Vorbehalt seiner Ehre zuerkannte ausserordentliche Strafe um deswillen, weil jener seine Ehre ohne Kränkung behält, nicht füglich geschärfet werden. Weil inzwischen der gemeine Hause diejenigen, die angeschuldigter Verbrechen wegen in Inquisition gerathen sind, nicht allein in dem Fall geschehener Bestrafung, sondern auch sogar sodann, wenn sie bey ermangelnden hinlänglichen Beweisthümern, von der Instanz, und bis sich nähere, oder stärkere Anzeigen ergeben, freygesprochen werden, für anrüchtig zu halten pfleget, so ist es eine gute und empfehlungswürdige Vorsicht, wenn man einem solchen, der nach geschehener Bestrafung, oder geendigter Untersuchung zu seinem vormahligen Gewerbe wieder zurück kehret, in der Urthel seine Ehre und guten Nahmen besonders vorbehält. HARPRECHT *de expressa honoris in sentent. reseruatione.*

a) LEYSER *Spec. 580. n. 10.*

b) LEYSER *Spec. 602. n. 13.*

sung aus dem Stadtgebieth auf ein Jahr, oder ein vierwöchiges Gefängniß, und zwar einen Tag um den andern bey Wasser und Brodt [c]).

## §. 14.

### Von dem Verhältniß der Landes- oder Stadt-Verweisung zur Geldbusse.

Die Landes- Stadt- oder Gebieths-Verweisung hat zu der Bezahlung einer Geldbusse meistentheils nachstehende Verhältnisse: 1) Die Landesverweisung ohne Bestimmung ihrer Dauer [a]) und funfzig Thaler [b]); 2) die Verwei-

c) BROCKES *Select. Obs. forens. Obs. 602.* Meinem Ermessen nach, vergleichet sich inzwischen schon ein vierwöchiges Gefängniß, wenn es gleich nicht mit der Beköstigung bey Wasser und Brodt verbunden wäre, mit der Räumung des Gebieths auf ein Jahr.

a) Wenn einer unbestimmt des Landes verwiesen wird, ist, der Regel nach, eine immerwährende Verweisung zu vermuthen; im Gegentheil pfleget man unter dem Ausdruck: Zeitlicher Landesverweisung, eine zehnjährige zu verstehen. S. Herrn Vicekantzler KOCH *in Instit. Iur. crimin. §. 133.*

b) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 100. Andere Rechtslehrer pflegen die Landesverweisung auf unbestimmte Zeit nach den Vermögens-Umständen des Verbrechers mit einer Geldbusse von fünf und zwanzig, dreyßig, oder vierzig Thalern in Vergleichung zu setzen, SCHORCH *Resp. 279.* Es scheinet inzwischen eine Landesverweisung auf unbestimmte, oder

weisung aus dem Gericht auf Lebenszeit, nachdem der Verbrecher eine Stunde lang am Pfahl in einem nicht infamirenden Halseisen gestellet gewesen, und eine Geldbusse von funfzig Thalern [c]); 3) die Landesverweisung in der Stille nach abgeschworner Urphede, und eine Geldbusse von dreyssig Thalern [d]); 4) eine funfjährige Landesverweisung, und zwanzig Thaler [e]);

 5) eine

oder immerwährende Zeit zu einer Geldbusse von funfzig bis sechszig Thalern eine mehrere und nähere Verhältniß zu haben.

c) Dieses Verhältniß habe ich bey verschiedenen Erkenntnissen wahrgenommen; inzwischen scheinet die angenommene Geldbusse wegen der bey der Landesverweisung hinzugefügten Schärfung noch um zehn bis zwanzig Thaler erhöhet werden zu müssen, um das Verhältniß als angemessen oder richtig annehmen zu können.

d) Carrach *a. O. n. 99.* Eine Geldbusse von vierzig Thalern scheinet der angeführten Art der Verweisung mehr angemessen zu seyn.

e) LEYSER *Spec. 653. Coroll.* Eben dieser Rechtslehrer macht jedoch *Spec. 565. n. 9.* zwischen einer einjährigen Landesverweisung und einer Geldbusse von dreyßig Thalern, und *Spec. 600.* zwischen einer zweyjährigen Landesverweisung und einer Geldbusse von funfzig Thalern die Vergleichung. Ob es nun gleich seine Richtigkeit hat, daß bey der Bestimmung einer zu erlegenden Geldbusse die Vermögens-Umstände des Verbrechers, wenigstens einigermassen in Betracht gezogen werden müssen, so ist es gleichwohl sehr auffallend, wenn nach des angeführten Rechtslehrers Sätzen an einer Stelle eine fünfjährige Landesverweisung mit zwanzig, und an einer andern Stelle eine zweyjährige Landesverweisung eben-

5) eine dreyjährige Landesverweisung, und zwanzig Thaler [f]).

## §. 15.

## Von dem Verhältniß des Gefängnisses bey Wasser und Brodt zu einer leidlichen Gefängnißstrafe.

Obzwar an und für sich die Beantwortung der Frage: welche Verbrecher besonders mit einem Gefängniß bey Wasser und Brodt [a]) zu bestrafen

ebenfals mit zwanzig Thalern abgekaufet werden kann. Ich würde daher eine einjährige Landesverweisung mit einer Geldbusse von zwanzig Thalern, und eine Landesverweisung, die zwar länger, inzwischen nicht auf Lebenszeit dauert, mit einer Geldbusse von fünf und zwanzig bis vierzig Thalern vergleichen.

f) Carrach a. O. *n.* 84. 85.

a) Eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt wird zuweilen, besonders, wenn deren Dauer sich nicht über vierzehn Tage erstrecket, ohne alle Abwechselung warmer Speise erkannt. Die mehrste Zeit pfleget inzwischen dem zu Wasser und Brodt Verurtheilten um den dritten, vierten, oder wenigstens um den achten Tag der Gebrauch warmer Speise erlaubet, und auch solches besonders in der Urthel ausgedrucket zu werden. Carrach a. O. *n.* 65. 66. Man findet inzwischen bey den Rechtslehrern Beyspiele, nach welchen ein Verbrecher, der auf vier Wochen zum Gefängniß verurtheilet worden, die ersten vierzehn Tage mit Wasser und Brodt gespeiset worden, s. den verdienten Herrn Hofrath Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinlichen Fällen *Dec. 38.* und ein anderer der auf eine gleiche

strafen sind? in Ermangelung eigener Landesgesetze, größtentheils von dem Ermessen des Richters abhänget, so pfleget gleichwohl eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt nur bey Leuten von geringem Stande statt zu finden [b]), inzwischen auf dieselbe entweder gar nicht erkannt, oder dieselbe doch in eine leidlichere Gefängnißstrafe verwandelt zu werden, wenn die Schwangerschaft [c]) der Verbrecherin, oder die kränklichen



gleiche Zeit zum Gefängniß verurtheilet worden, nur die letzteren acht Tage mit Wasser und Brodt und warmer Speise alterniren mußte. Struben in den rechtl. Bedenken im 2ten Theil *n.* 108. und im 4ten Theil *n.* 204.

*b*) Obzwar ein solcher, der seine Strafe, die an und für sich nicht zu den ehrlosen zu rechnen ist, ausgestanden hat, an seinem guten Nahmen zum Nachtheile seines Gewerbes keinen Nachtheil leiden darf, *L. 43. §. 4. de R. N. L. 27. C. de sentent. pass. L. vlt. C. de gen. abolit. L. 2. §. 9. 10. de postuland.*, so haben gleichwohl verschiedene Urtheilsfasser, um allen etwanigen künftigen Anstoß zu vermeiden, die Vorsicht, denen, die sie zu einem Gefängniß bey Wasser und Brod verurtheilen, ihre Ehre in der Urthel ausdrücklich und besonders vorzubehalten.

*c*) Man pfleget auch Frauensleute sogar nach erfolgter Entbindung nicht sofort zu einem Gefängniß bey Wasser und Brodt zu verurtheilen, sondern vielmehr, um Mutter und Kind an ihrer Gesundheit keinen Schaden zuzufügen, das Gefängniß bey Wasser und Brodt in eine leidlichere Gefängnißstrafe zu verwandeln. Bey schwangern Personen pfleget man sogar auch eine leidliche Gefängnißstrafe nicht einmahl zur Vollziehung zu bringen, vielmehr bis nach erfolgter Entbindung damit Anstand zu nehmen, wenn die Schwangerschaft bereits über die Mitte seyn sollte.

Umstände des Inculpaten eine solche Umänderung gewissermassen nothwendig machen sollten. Es hat aber eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt [d]) zu einer andern Gefängnißstrafe gewöhnlichermassen folgende Verhältnisse [e]) : 1) Eine

d) Obwohl einige Gerichte die üble Gewohnheit haben, bey einem erkannten Gefängniß auf Wasser und Brodt die Verbrecher in sogenannte Hundelöcher zu werfen, so ist doch jene an und für sich unerlaubt und sträflich. Denn, so sehr es auf der einen Seite seine Richtigkeit hat, daß man unter Gefangnisse, die zur Aufbewahrung, und solche, die zur Strafe dienen, unterscheiden, auch letztere besonders ihrer Absicht gemäß einrichten müsse, so hat es gleichwohl auf der andern Seite keinen Zweifel, daß selbst ein solches Gefängniß, das zur Strafe dienet, dem Gefangenen an seiner Gesundheit keinen Schaden zufügen, und daß hierauf bey der Anlegung und Einrichtung solcher Gefängnisse, oder sogenannter Kerker, vorzüglich gesehen werden müsse. *L. 1. C. de custod. reor.* Art. 218. P. G. O. COTHMANN *Vol. 3. Resp. 29. n. 117.* BOEHMER *ad art. 11. CC. §. 6.* Uebrigens pfleget es auch bey den Erkenntnissen, worin auf eine Gefängnißstrafe mit, oder ohne Wasser und Brodt erkannt wird, gewöhnlich zu heissen: **daß Inculpat in ein besonders zur Strafe eingerichtetes Gefängniß zu bringen.**

e) Obzwar die Schärfung der Gefängnißstrafe durch eine aufgelegte Beköstigung bey Wasser und Brodt lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen bleibet, dieselbe auch der Regel nach, und wenn ihre Dauer sich nicht auf viele Wochen erstrecket, zu den bürgerlichen Strafen gerechnet, s. meine **Grundsätze des peinl. Rechts** §. 81. und daher auch von den Untergerichten ohne vorgängige Versendung der Acten erkannt zu werden pfleget, so dür-

Eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt auf vierzehn Tage, oder eine andere Gefängnißstrafe auf vier Wochen; 2) eine Gefängnißstrafe von acht Tagen, wobey der Verbrecher stets geschlossen ist [f]), und ohne Abwechselung bey Wasser und Brodt gespeiset wird, oder ein leidlicheres Gefängniß ohne die angeführte Schärfung auf sechs Wochen; 3) ein Gefängniß bey Wasser und Brodt auf vierzehn Tage, wiewohl mit der Abwechselung warmer Speise um den vierten Tag, inzwischen mit der Schärfung, daß der Verbrecher bey dem Anfange und Ende seiner Strafe mit Ruthen gezüchtiget werde, oder eine andere Gefängnißstrafe ohne die angeführte Schärfung auf sechs Wochen.



dürfen gleichwohl solche Angeschuldigte, die nur der Aufbewahrung halben gefangen sitzen, nicht lediglich mit Wasser und Brodt unterhalten, vielmehr muß von Gerichtswegen dahin gesorget werden, daß sie die nothdürftigen warmen Speisen erhalten, und zwar ohne dabey die Grösse und Beschaffenheit der bezüchtigten Missethat und der wider den Angeschuldigten vorhandenen Beweisthümer, oder die Vermögens-Umstände desselben in Betracht zu ziehen.

f) Bey dem zur Strafe verfügten Schliessen der Gefangenen ist besonders die nöthige Vorsorge für die Erhaltung ihrer Gesundheit nicht ausser Acht zu lassen, und um deswillen verdienet das sogenannte Krummschliessen der Gefangenen keinen Beyfall.

## §. 16.

## Von dem Verhältniß der Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt zu einer Geldbusse.

Obzwar die Geldbusse ausser dem Fall, da einer dem andern an seinen Güthern Schaden zugefüget hat und es zu einer Leibesstrafe nicht kommen kann, selten für eine solche Strafe, die ihrem Endzweck eigentlich angemessen ist, angesehen werden kann [a]), so findet dieselbe gleichwohl nach dem Gerichtsbrauch ohne Unterschied der Verbrechen statt, zumahl, wenn letztere den Umständen nach nicht peinlich zu bestrafen sind [b]). Bey Leuten vom Stande, oder von einigem Ansehen pfleget nach der Gewohnheit der mehrsten Gerichte eine verhältnißmässige Geldbusse die Stelle der Gefängnißstrafe zu vertreten, und anstatt der letzteren gebrauchet zu werden [c]) Hieraus ergiebet sich von selbst, daß auch die Beantwortung der Frage, wie sich eine Gefängnißstrafe überhaupt und besonders eine bey Wasser und Brodt zu einer Geldbusse verhalte? nicht ohne

a) HARPRECHT *Dec.* 83. *n.* 30. HILLIGER *de poena pecuniaria in delict. carnis* §. 11. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 80.

b) WEIDLER *de eo quod iustum est circa mulctas siue poenas pecuniarias, vulgo* von Geldbussen, *tam Iure romano, quam germanico Viteb.* 1746.

c) Auch bey solchen Leuten, die entweder ihres Alters, oder ihrer kränklichen Umstände wegen, nicht füglich mit einem Gefängniß bey Wasser und Brodt bestrafet werden können, pfleget häufig die Geldbusse die Stelle der letztern Strafe zu vertreten.

ohne Nutzen sey. Es hat aber eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt zu einer Geldbusse gewöhnlichermassen folgende Verhältnisse: 1) Acht Tage Gefängniß bey Wasser und Brodt, oder eine Geldbusse von acht Thalern [d]); 2) ebendieselbe Art der Gefängnißstrafe auf vierzehn Tage, oder eine Geldbusse von vierzehn Thalern [e]); 3) vier Wochen Gefängniß bey Wasser und Brodt, oder anstatt der drey lezten Wochen, vier und zwanzig Thaler [f]). Es sind inzwischen Rechtslehrer, die nach der Verschiedenheit der Umstände ein Gefängniß bey Wasser und Brodt auf vierzehn Tage mit einer Geldbusse von zwanzig Thalern, eben ein solches Gefängniß auf vier Tage

*d)* Die Gewohnheit, einen jeden Tag Gefängniß bey Wasser und Brodt zu einem Thaler zu berechnen, hat den Beyfall der Rechtslehrer für sich LEYSER *Spec. 539. n. 11.*, inzwischen findet man bey dem Leyser ebenfals Fälle, da eine Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt von acht Tagen, das eine Mahl mit einer Geldbusse von fünf, und das andere Mahl von vier Thalern verglichen, oder dazu gerechnet worden. LEYSER *Spec. 588.* und *602.*

*e)* Beym LEYSER *Spec. 581. n. 1.* und *Spec. 537. n. 20.* findet man inzwischen Beyspiele, nach welchen ein vierzehntägiges Gefängniß das eine Mahl zu acht, und das andere Mahl zu zwanzig Thalern, gerechnet worden.

*f)* Eine solche Verwandelung der Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt in eine Geldbusse, die nur zum Theil geschiehet, ist der Regel nach allemahl besser, als die gänzliche Verwandelung der Gefängnißstrafe in eine Geldbusse, und sie verdienet daher allen Beyfall.

Tage mit sechs Thalern [g]), ferner ein Gefängniß bey Wasser und Brodt auf acht Tage mit zehn Thalern [h]), auf drey Wochen mit zwanzig Thalern [i]), auf vierzehn Tage mit funfzehn Thalern [k]), und endlich ein Gefängniß bey Wasser und Brodt auf sechs Tage mit einer Geldbusse von acht Thalern [l]) vergleichen [m]).

## §. 17.

## Von dem Verhältniß des Gefängnisses ohne Wasser und Brodt zu einer Geldbusse.

Das Verhältniß einer solchen Gefängnißstrafe, da die in demselben vorzunehmende Beköstigung

g) LEYSER *Spec. 576. n. 15.*

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 133. Obs. 3.*

i) Nach der Meynung des LEYSER *Spec. 537. n. 20.* kann, bewandten Umständen nach, anstatt eines Gefängnisses bey Wasser und Brodt von vierzehn Tagen, schon eine Geldbusse von zwanzig Thalern statt finden.

k) LEYSER *Spec. 587.* An einer andern Stelle und zwar *Spec. 653.* wird inzwischen ein Gefängniß bey Wasser und Brodt auf drey Wochen mit einer Geldbusse von funfzehn Thalern ebenfals in Vergleichung gesetzet.

l) LEYSER *Spec. 609.*

m) Obzwar bey der Bestimmung des Verhältnisses einer Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt zu einer Geldbusse das meiste auf das Ermessen eines vernünftigen Richters ankommt, und dabey vorzüglich auf die Vermögens-Umstände des Verbrechers gesehen werden muß, so pfleget dennoch ein jeder Tag Gefängniß bey Wasser und Brodt wohl über, nicht leicht aber unter einem Thaler, gerechnet zu werden.

köstigung nicht zugleich einen Theil der Strafe ausmacht, vielmehr bey dem Mangel der Ausschweiffungen, dieselbe der eigenen Wahl des Verbrechers, der sich selbst zu unterhalten im Stande, überlassen ist, zu einer Geldbusse pfleget nach dem Urtheil der mehrsten Rechtslehrer folgendes zu seyn: 1) Vier Tage Gefängniß, oder zwey Thaler [a]); 2) acht Tage Gefängniß, oder vier, höchstens fünf Thaler [b]); 3) vierzehn Tage Gefängniß, oder eine Geldbusse von zehn Thaler [c]); 4) ein vierwöchentliches Gefängniß, oder zwanzig Thaler [d]); 5) ein dreymonathliches Gefängniß, oder funfzig Thaler [e]). Da inzwischen bey der Umänderung, oder Verwandelung der Gefängnißstrafe in eine Geldbusse, in soferne die Strafe selbst dem richterlichen Ermessen überlassen ist [f]), die Vermögens-Umstände des Verbrechers in sehr vielen Betracht kommen, so pfleget auch zuweilen die Grösse der statt der Gefängnißstrafe zu bezahlen.

a) Carrach a. O. *n.* 91.

b) HOMMEL *in Rhapsod. Quaest. in foro quotid. obvenient. neque tamen legib. decisar. Obs.* 476. Carrach a. O. *n.* 97. und 100.

c) LEYSER *Spec.* 557. Andere berechnen ein vierzehntägiges Gefängniß nur zu sieben Thalern. Carrach a. O. *n.* 100.

d) Carrach a. O. *n.* 96.

e) HOMMEL *c. l.*

f) *L. 16. §. 3. de poen. L. 4. §. 1. de incend. ruin. naufrag.* MANTZEL *de respectu personar. in foro criminali.*

zahlenden Geldbusse, weit mehr, als sonst und der Regel nach das Verhältniß ist, erhöhet zu werden [g]).

## §. 18.

### Von dem Verhältniß der Gefängnißstrafe zur Handarbeit, oder zu einer andern Strafe, bey dem Mangel eines eingerichteten Gefängnisses.

Nach dem Zeugniß verschiedener Rechtslehrer pfleget bey geringen, besonders dienstpflichtigen Leuten, ein Verbrecher zuweilen anstatt der verwirkten Gefängnißstrafe, zur Leistung gewisser Handarbeiten, die nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sind, verurtheilet zu werden. Diejenigen Rechtslehrer, die eines solchen Verhältnisses Erwähnung thun, pflegen gewöhnlich einen jeden Tag Gefängniß mit der Leistung dreytägiger Handarbeit in Vergleichung zu setzen [a]). Da inzwischen die Verurtheilung zur Leistung einer gewissen Handarbeit nach ihrer Absicht keine eigentliche Leibesstrafe seyn soll, so pfleget auch nur eine solche Gefängnißstrafe, die noch unter acht Tagen ist, mit der Leistung einer gewissen Handarbeit in Vergleichung, oder Verhältniß gebracht zu wer-

g) Bey dem LEYSER *Spec. 569. n. 13.* findet sich sogar ein Beyspiel, daß ein dreymonathliches Gefängniß in eine Geldbusse von drey hundert Thalern verwandelt worden.

a) LEYSER *Spec. 540. 553. 591.* und *602.* HOMMEL *c. l. Obs. 119.*

werden [b]). Bey dem Mangel eines ordentlich und zu seiner Absicht eingerichteten Gefängnisses, oder bey vorhandenen Bedenklichkeiten, eine andere Strafe anstatt des Gefängnisses zu erwählen, pfleget man zuweilen den Verbrecher, entweder in einem Privathause seinen Arrest halten zu lassen, oder ihm auch bey unausbleiblicher Leibesstrafe aufzugeben, binnen der ihm gesetzten Zeit sich nicht aus seinem Zimmer zu begeben, und solchergestalt in seiner Stube die ihm zuerkannte Gefängnißstrafe abzusitzen.

## §. 19.

## Von dem Verhältniß des Stellens im Ganten, der Fidel und gemeinen Halseisen zu andern Strafen.

Mit dem Stellen im gemeinen Halseisen, im Ganten, oder der Fidel, pflegen in hiesigen Landen am meisten dienstpflichtige und andere vom niedrigen Stande wegen begangener geringen Verbrechen bestrafet zu werden. Da nun eines theils

b) Beym Leyser findet man inzwischen an den angeführten Stellen Beyspiele, da auch eine Gefängnißstrafe von zwölf, vier und sechs Tagen mit der Leistung einer gewissen Handarbeit auf angeführte Art und Weise in Vergleichung gebracht worden.

*) Da die Auflegung einer gewissen Handarbeit, wie solche im Paragraph beschrieben worden, nicht zu den peinlichen Strafen gehöret, so hat es keinen Zweifel, daß auch ein Unterrichter bewandten Umständen nach wohl darauf erkennen, und deshalb eine Einrichtung treffen könne. MANTZEL *de ergast. prouincial. commode adornand.* und *in Iur. crimin. Mecklenb.* §. 12.

theils jene Strafen nur zu den bürgerlichen gerechnet, oder wenigstens nicht für peinliche gehalten zu werden pflegen, andern theils aber Leibeigene, oder Dienstpflichtige gewöhnlicher Weise nicht mit der Landesverweisung bestrafet werden, (§. 8.) so ergiebet sich daher von selbst, daß die im Eingange bemeldte Strafen eigentlich nur mit einer Gefängnißstrafe in Verhältniß stehen können. Es ist aber wenigstens nach der Observanz der mehrsten Gerichte in hiesigen Landen die Gewohnheit, das Stellen im Halseisen, im Ganten, oder der Fidel, einer Gefängnißstrafe von vierzehn Tagen bis vier Wochen auf Wasser und Brodt gleich zu achten, wenn nämlich besonders mit jenem zugleich eine Züchtigung mit der Ruthe, oder mit der Karbatsche verbunden ist. Ausser diesem Fall vergleichet sich das blosse Stellen im Halseisen, im Ganten, oder der Fidel auf ein bis zwey Stunden am meisten mit einem acht bis zwölftägigen Gefängniß bey Wasser und Brodt. Weil aber die Züchtigung mit der Ruthe oder Karbatsche der Regel nach mit jenen Strafen verbunden zu seyn pfleget, so hat es auch bey dem auf diesem Fall angemerkten Verhältnisse das Bewenden.

## §. 20.

### Ob ein Richter bey sogenannten gesetzlichen Strafen die angeführten Verhältnisse nach eigenem Ermessen beobachten könne?

So wenig es auch einigem Zweifel unterworfen seyn kann, daß in dem Fall, da ein Gesetz dieses

dieses, oder jenen Verbrechens wegen mehrere Strafen festsetzet, dem Richter lediglich die Wahl zustehe, um aus den benannten eine solche, die vorkommenden Umständen nach am angemessensten ist, zu erwählen [a]), so stehet es gleichwohl gegentheils einem Richter nicht frey, von der Vorschrift des Gesetzes abzugehen, in soferne es an solchen Milderungs-Gründen, die entweder in den Gesetzen, oder der Sache selbst, oder in dem Gerichtsbrauch ihre Bestättigung finden, ermangeln sollte [b]). Da nun gleichwohl solche besondere Fälle vorhanden seyn können, welche dennoch die würkliche Anwendung der gesetzlichen Strafe bedenklich [c]), und die Umänderung derselben in eine andere nothwendig machen [d]); so kann zwar ein Unterrichter solche nicht vornehmen, inzwischen ist es seine Pflicht, die vorhandenen Zweifel, weshalb die gesetzliche Strafe nicht füglich zur Ausführung zu brin-

a) Daß jedoch ein Richter unter solchen Umständen nicht wohl gar eine dritte Strafe, deren das Gesetz überall nicht erwähnet, annehmen könne, vielmehr seine Wahl auf diejenigen Strafen, deren das Gesetz ausdrücklich Erwähnung thut, einschränken müsse, leidet keinen Zweifel. WERNHER *P. 2. Obs. 461.* BOEHMER *ad art. 105. CC. §. 4.*

b) *L. 15. C. de poen. L. 244. de V. S. L. 42. de re iud. L. 9. 11. 16. de poen.* REINHARTH *de caus. ob quas potest. mitigandi Iudex sibi falso arrogat. Erford. 1734.* und *in Dissert. de iis quae nobis inuitis fiunt c. 1. §. 3.*

c) Art. 109. 160. 172. P. G. O.

d) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 92.

bringen stehet, dem ihm vorgesetzten Obergericht, oder in dessen Ermangelung der Landes-Regierung zu melden, und um Verhaltungs-Befehle nachzusuchen. Wäre auch eine solche Strafe, die füglich nicht in Anwendung zu bringen stehet, von einheimischen, oder auswärtigen Rechtscollegien erkannt worden, so stehet es dem Richter eben so wenig frey, für sich eine Umänderung der Strafe vorzunehmen [e]), oder auf eine andere Strafe, die mit der erkannten Strafe einerley Verhältniß hat, zu erkennen [f]), vielmehr ist es seine Obliegenheit, die vorhandenen Bedenklichkeiten demjenigen Rechtscollegio, das die Urthel gesprochen hat, mit Zurücksendung der Acten zu melden, und um die Bestimmung einer andern Strafe zu bitten [g]).

## §. 21.

### Ob und wann einem Unterrichter frey stehe, diese oder jene Strafe in eine andere verhältnißmäßige zu verwandeln?

Würde die Strafe dieses oder jenen Verbrechens in den gemeinen und Landesrechten nicht genau oder ausdrücklich bestimmet, vielmehr dem Ermessen des Richters überlassen seyn, so stehet

e) CHLADENIVS *Dissert. de arbitrio Iudicis in commutand. poen. Viteb. 1728.*

f) THOMASIVS *de Iudice sententiam ab actis remouente Hal. 1709.*

g) *Arg.* Art. 7. 97. 146. 147. 150. 161. 219. P. G. O.

stehet demselben nicht allein die Wahl der Strafe zu [a]), sondern er kann auch die von ihm erkannte Strafe, in soferne deren Vollstreckung entweder schlechterdings unmöglich, oder doch mit Schwierigkeiten verbunden seyn sollte, oder auch andere Bedenklichkeiten eintreten möchten, in eine andere verhältnißmässige umändern und verwandeln [b]). Weil inzwischen ein Unterrichter in peinlichen Fällen nicht entscheiden kann [c]), so ergiebet sich auch daher von selbst, daß die Gewalt desselben, die Strafe eines Verbrechens nach eigenem Ermessen zu bestimmen, oder in eine andere verhältnißmässige zu verwandeln, lediglich von solchen Fällen, da bewandten Umständen nach keine peinliche, sondern nur eine bürgerliche Strafe statt finden kann, verstanden werden müsse. Denn, in soferne von jener die Rede wäre, ist es dem Unterrichter so wenig erlaubt, für sich und ohne Anfrage darauf zu erkennen, als, solche in eine andere zu verwandeln [d]). Wie nun letzteres unbestrittenen Rechtens ist [e]), so ist es gleichwohl einem Unterrichter zu empfehlen, auch sogar in dem Fall, da von der Umänderung und Verwandelung



a) KOCH *Inst. Iur. Crimin.* §. 93. und 168.

b) MOLLENBEC *de aggrat. Iud. Iur. aggratiandi destituti c.* 2. §. 4. BOEHMER *ad art.* 120. CC. §. 13. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 100. und 101.

c) Art. 219. P. G. O.

d) Grundsätze des peinl. Rechts §. 100.

e) PUFENDORF *Tom.* 1. *Obs.* 236.

lung bloß willkührlicher Strafen, oder von solchen, die der Unterrichter selbst erkannt und gewählet hat, die Rede ist, bey vorkommenden Zweifeln und Bedenklichkeiten jene nicht für sich vorzunehmen, sondern vielmehr über die Frage: Ob eine Umänderung und Verwandelung der Strafe statt habe, und in welcher Maasse letzteres geschehen könne? in Ermangelung angewiesener Obergerichte, bey den Rechtscollegien die Belehrung nachzusuchen [f]).

## §. 22.

### Ob einem Verbrecher die Befugniß zustehe, aus mehreren Strafen, die gleiche Verhältniß zu einander haben, eine zu erwählen?

Weil in obligationibus alternatiuis der Regel nach dem Schuldner die Wahl zustehet, auch in zweifelhaften Fällen die Auslegung allemahl für den Angeschuldigten und zu seinem Besten gemacht werden muß [a]); so könnte es freylich das Ansehen gewinnen, daß in den Fällen, da die Gesetze mehrere Strafen der begangenen Verbrechen wegen bestimmen, nicht sowohl dem Richter, als vielmehr dem Inculpaten, die Wahl zustehen müsse. Allein, diese in bürgerlichen Sachen anwendlichen Grundsätze lassen sich in peinlichen Fällen nicht ohne viele Einschränkungen in Anwendung bringen; vielmehr kann man nicht ohne Grund

f) Art. 219. P. G. O.

a) *L. 152. de Reg. Iur.*

Grund den allgemeinen Satz annehmen, daß bey einer poena alternatiua, sie mag nun entweder in einem besonderen Gesetz, oder in der Urthel, ihren Grund haben, und ohne unter schwere und geringe Fälle zu unterscheiden, lediglich dem Richter, als der am besten im Stande ist, die angemessenste Strafe des Verbrechens zu bestimmen, die Wahl zustehe [b]). Es leidet inzwischen dieser Satz sodann eine Ausnahme, wenn entweder die von dem Rechtscollegio eingeholte Urthel dem Angeschuldigten die Wahl ausdrücklich einräumen [c]), oder auch der Richter selbst in denjenigen Fällen, da die Bestimmung der Strafe von seiner Willkühr abgehangen hat, eine poenam alternatiuam bestimmet haben sollte [d]). Denn, nur in diesen letzteren Fällen ist die dem Verbrecher zuständige Wahl der Strafe nicht in Zweifel zu ziehen, so



wie

b) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 133. Obs. 3.*

c) Eine solche zugestandene Wahl ist sodann von selbst klar, wenn die Urthel zwar die Strafe genau bestimmet, inzwischen die Einschränkung unter einem, es wäre dann, oder Inquisit könnte, oder wollte dann ꝛc. ꝛc. hinzufüget, und solchergestalt dem letzteren die Wahl erlaubet. Es ist auch die dem Angeschuldigten gebührende Wahl sodann als freygelassen, wenigstens der Regel nach, anzunehmen, wenn die Urthel neben der einen Strafe, zugleich eine verhältnißmässige Geldbusse bestimmet haben sollte, obwohl BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* auch diesen Satz nicht ohne Einschränkung in Anwendung gebracht wissen will.

d) *Arg. c. 14. X. de vit. et honest. clericor.* Denn in dem Fall, da der Richter selbst eine poenam alterna-

wie gegentheils in allen übrigen dieselbe der Regel nach dem Richter zustehet und gebühret.

ternativam erkennet, kann nicht leicht eine andere Vermuthung, als diese, daß er dadurch dem Angeschuldigten die Wahl einräumen wollen, angenommen werden, weil es ja lediglich von ihm selber abgehangen hat, anstatt jener poenae alternatiuae die Art der Strafe genau und deutlich zu bestimmen. Inzwischen bemerke ich hier nur die Regel und leugne übrigens nicht, daß auch in diesem Fall solche Umstände, die eine gegründete Ausnahme von der Regel machen, vorkommen können.

# II.

## Ob eine bürgerliche Witwe, welche nach ihres Ehemannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem verschriebenen Vermächtnisse, und andere zugebilligten Vortheile verliere?

Da nach dem Römischen Recht aus einem delicto publico die Infamie erwächset [a]), ein jedes Stuprum aber ohnstreitig zu den delictis publicis gehöret [b]); so wollen daher verschiedene Rechtslehrer [c]) in Beystimmung alter deutscher Rechte und Gewohnheiten [d]), daß wegen der allgemeinen An- und Aufnahme des Römischen Rechts aus dem bewiesener- oder geständlichermassen begangenen Stupro annoch heutiges Tages die Infamie samt allen ihren rechtlichen Folgen erwachsen müsse. Allein, der Gerichtsbrauch stimmet, in Grundlegung verschiedener Stellen des Canonischen Rechts, mit demjenigen, was die Römischen Gesetze wegen der Infamie, die aus einem



a) *L. 7. D. de publ. Iudic.*

b) *§. 4. Inst. de publ. Iudic. L. 25. C. ad L. Iul. de adulter.*

c) CARPZOV. *Lib. 1. Resp. 100.* und *P. 1. Dec. 17.* BARDILI *concl. pract. Ex. 35. §. 17.* LEYSER *Spec. 52. n. 2. 3.*

d) HEINECCIVS *in Element. Iur. German. P. 1. L. 1. Tit. 17. §. 398.*

nem begangenen Stupro erwachsen soll, verordnen, nicht überein [e]), und man kann es nach der Meynung der bewährtesten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundsatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrlosigkeit und den Verlust der damit verbundenen Rechte, der Regel nach, nicht weiter zur Begleiterin habe [f]), es wäre dann, daß entweder wegen der eintretenden gravirenden Umstände ein solches Stuprum eigentlich für ein peinliches Verbrechen, das daher schon an und für sich den Verlust der Ehre zur Folge hätte, angesehen werden müßte [g]), oder auch wenigstens von einer eigentlichen Hurerey, mit welcher nämlich wenigstens so lange, als eine solche schändliche Lebensart fortgesetzet wird, noch heutiges Tages eine leuis notae macula verbunden zu seyn pfleget, die Rede seyn sollte [h]).

Vermöge der bisher angeführten Grundsätze ergiebet sich, meiner Einsicht nach, von selbst, daß Inhalts gemeiner Rechte eines blossen Stupri wegen niemand sein Amt und Würde verliere [i]), oder

e) MEV. *ad Ius Lubec. P. 4. T. 4. art. 1.* REINHARD *ad Christinaeum Vol. 1. Obs. 8.*

f) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 69. Obs. 1.* und *in Meditatt. ad CC. art. 110. §. 3.* und *ad art. 120. §. 22.*

g) Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 475. 477. 478.

h) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 1. Tit. 3. Th. 14. n. 3.* SCHORCH *Resp. 334. n. 8.*

i) *de* CRAMER *Tom. 4. Obs. 1137.* Schon in einer bekannten Verordnung von Herzog Hinrich Julius

oder aus Innungen und Zünften gestossen werden könne [k]), im Fall nicht, was das Amt und dessen Verlust anlanget, besonders von Predigern und obrigkeitlichen Personen die Rede seyn mögte, als welche nämlich wegen beweislich gepflogener Unzucht und daher gegebenen grossen Aergernisses ihres Amts, wiewohl mit Vorbehalt aller ihrer zuständigen bürgerlichen Ehre, entsetzet zu werden pflegen [l]).

Da solchergestalt aus einem begangenen Stupro heutiges Tages keine Infamie erwächset, so ist auch der daher genommene Einwand wider das Zeugniß eines Stuprators oder einer Stupratä völlig unstatthaft und ungegründet [m]). Eben so wenig kann das etwa begangene Stuprum jemand dazu unfähig machen, um einen rechtsbeständigen Eyd ablegen, oder insbesondere einen Erfüllungs-



lius von Braunschweig vom Jahr 1593. wurde verordnet: daß keiner wegen eines *Stupri* seines Dienstes, Amtes und Ehrenstandes entsetzet werden solle.

k) HOMMEL *in Rhapsodia Quaest. in foro quotid. obvenient. neque tamen legib. decisar. Obs.* 359. Nach der Mecklenburgschen Policey-Ordnung von 1572. inzwischen sollen besonders diejenigen, die vor der Hochzeit bey einander schlafen, anrüchtig seyn, in Zünften nicht geduldet, und überdieß mit zweymonathlichem Gefängniß bestrafet werden.

l) Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 90.

m) PUFENDORF *Tom.* 2. *Obs.* 18.

Eyd, der bewandten Umständen nach an und für sich statt findet, ableisten zu können [n]).

Obgleich die alten Deutschen die bekannte Paroemie hatten: **Wer wissentlich eine Hure nimmt, der ist entweder ein Schelm, oder denket auch einer zu werden**, so hat es dennoch heutiges Tages, vermöge der Grundsätze des Canonischen Rechts [o]) keinen Zweifel, daß eine Zunft oder Innung nicht befugt sey, ihren Zunftgenossen bloß aus dem Grunde, weil er eine geschwächte Person geheirathet habe, aus ihrer Zunft und Genossenschaft auszuschliessen [p]). Eben sowenig pfleget man auch diejenige Ehefrau, die wegen des von ihrem Ehemann vor der Ehe getriebenen unzüchtigen Wandels auf die Ehescheidung klaget, damit zu hören [q]). Nach den Meynungen bewährter Rechtslehrer ist auch derjenige Fall, da eine Witwe sich nach ihres Ehemannes Tode hat beschlafen lassen, in keine Wege für eine eigentliche Verrückung des Witwen-Stuhls zu halten, vielmehr ist dieselbe bey den ihr etwa zuständigen Zunftrechten ungestöhrt zu lassen

n) LYNCKER *Dec. 1425.* BOEHMER *ad art. 120. CC. §. 22.*

o) *c. 20. X. de sponsal. v.* inter opera charitatis non minimum est, errantem ab erroris sui semita reuocare. Statuimus, vt omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint et duxerint in vxores, quod agunt, in remissionem proficiat peccatorum.

p) WERNHER *P. 7. Obs. 170.*

q) CARPZOV. *P. 4. Const. 20. Def. 13.* SCHORCH *Sent. 223. n. 17.*

lassen [r]). Weil überhaupt die Ehrlosigkeit und der daher entstehende Verlust der bürgerlichen Rechte, den ein begangenes Stuprum nach dem Römischen Recht nach sich zog, nach dem heutigen Gerichtsbrauch nicht ferner einige Anwendung leidet, auch in Gemäßheit verschiedener deutscher Rechte [s]), nach des Ehemannes Tode die vorhin mit demselben und seiner Ehefrauen bestandenen Verhältnisse gänzlich aufhören; so behaupten verschiedene angesehene Rechtslehrer, daß eine Witwe durch eine leichtfertige und unzüchtige Lebensart sich zwar um ihren guten Nahmen bringen könne [t]), sonsten aber, wenn gleich das von ihr begangene Stuprum, oder wenigstens ihre unzüchtige Lebensart genugsam bewiesen seyn mögte, dieselbe demohngeachtet, bey dem Mangel besonderer Landesgesetze, sowenig ihr Eingebrachtes verliere, als andere Vortheile, Vermächtnisse und Witthumsgehalte einbüsse [u]). Weil auch die statutarische Portion der Ehegatten, in soferne dieselbe anders nach den besonderen Rechten dieses oder

r) WERNHER *P.* 2. *Obs.* 437.

s) Sächs. Landrecht B. 3. Art. 43. "Das Weib "ist nach des Mannes Tode ledig von allen seinen "Rechten und Ehren, denn sie behält wieder ihren "Stand und Recht, der sie angebohren war, ehe "sie den Mann nahm.„

t) CARPZOV. *P.* 4. *C.* 21. *def.* 7. So heißt es unter andern hievon in dem Sächs. Landr. B. 1. Art. 5. "Ein Weib mag mit Unkeuschheit ihres "Leibes ihre weibliche Ehre kränken, ihr Recht ver"leußt sie aber damit nicht, noch ihr Erbe.„

u) HOMMEL *c. l. Obs.* 118.

oder jenen Orts an und für sich nicht zu bezweifeln stehet, dem überlebenden Ehegatten als eine Art des Pflichttheils gebühret [x]); so kann auch eine Witwe derselben aus dem Grunde, weil sie sich nach ihres Mannes Tode schwängern lassen, oder wenigstens unzüchtig gelebet hat, nicht füglich beraubet werden [y]).

Ob nun gleich die bisher angeführten Grundsätze Inhalts gemeiner Rechte keine gegründete Einwürfe zulassen, so mögte es gleichwohl scheinen, daß solche, wo nicht alle Anwendung verlieren, doch wenigstens in dem Fall, da eine Witwe innerhalb des Trauerjahrs, oder wohl gar innerhalb des ersten halben Jahrs nach ihres Mannes Tode, Unzucht getrieben haben sollte, eine Einschränkung nothwendig machen müßten [z]), zumahl nach Vorschrift der Rechte sogar eine Witwe, die sich innerhalb des Trauerjahres wieder ordentlich verheirathet, ehrloß seyn [aa]), das Eigenthum des ihr von ihrem verstorbenen Ehemann

x) MEV. *in Comm. ad Ius Lubec. P. 2. Tit. 2. n. 414.* Herr D. Stein in der gründlichen Abhandlung des Lübeckschen Rechts *L. 2. Tit. 1. §. 138. 139.*

y) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illustrato Cent. 3. Iud. 36.*

z) BALTHASAR *Diss. de vidua nobili Pomeran.*

aa) *L. 11. 13. de his qui not. infam. L. 1. pr. C. de secund. nupt.* v. Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori vero nuptiarum festinatione praestiterit, ex Iure quidem novissimo sit infamis. *Nouella XXII. cap. 22.*

mann vermachten Vermögens verlieren [bb]), die Vormundschaft über ihre Kinder nicht weiter fortsetzen soll [cc]), und überdieß in Absicht der freyen Verwaltung ihres eigenthümlichen Vermögens sich verschiedene Einschränkungen gefallen lassen muß [dd]). Allein, ohne jetzo die Frage: Ob und in wieferne die in dem Römischen Rechte gegründete Strafe der zwoten Ehe durch das Canonische Recht [ee]) aufgehoben worden sey [ff]), und ob nicht wenigstens jene Strafe in dem Fall, da eine Wit-

we

bb) L. 3. und 5. C. *de secund. nupt. Nouella II. pr. Nouella XXIII. c.* 23. 24. 25.

cc) *Nouella XCIV. c.* 2. *Auth. eisdem poenis C. de secund. nupt.*

dd) L. 1. C. *de secund. nupt.* v. praeterea secundo viro vltra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. L. 6. C. *eod.*

ee) c. 4. X. *de secund. nupt.* v. super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum, respondemus: quod cum apostolus dicat (*mulier viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui: in domino nubat, cui voluerit*) per licentiam et auctoritatem apostoli, eius infamia aboletur. C. 5. X. *eod.* v. cum secundum apostolum mulier mortuo viro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem: non debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae licet post viri obitum intra tempus luctus (scilicet vnius anni spatium) nubat, concessa sibi tamen ab apostolo vtitur potestate, cum in his praesertim seculares leges non dedignentur sacros canones imitari.

ff) HOFFER *de L. 6. C. de sec. nupt. ad mores german. caute applicand. Alt.* 1739.

we innerhalb des Trauerjahres zur andern Ehe schreitet, anwendlich sey [gg])? hier zu untersuchen, bleibet wenigstens unter allen Umständen so viel gewiß, daß dasjenige, was die Rechte von der zwoten Ehe überhaupt und von derjenigen besonders, die innerhalb des Trauerjahres vollzogen wird, vorschreiben, wenigstens auf den Fall, da eine Witwe den Witwen-Stuhl, wie man zu reden pfleget, durch eine zwote Verheirathung nicht förmlich verrücket, sondern nur bloß nach ihres Mannes Tode Unzucht treibet, nicht gezogen werden könne, und daß auch sodann ein gleiches, oder eben dasselbe, statt finden müsse, wenn die Witwe sogar während dem sogenannten Trauerjahr einen unzüchtigen Wandel geführet haben sollte [hh]). Denn, obzwar eine solche Witwe, die während dem Trauerjahr, oder wohl gar während dem ersten halben Jahr nach ihres Mannes Tode, mit einem andern Unzucht vollbringet, wo nicht mit zweyjähriger Landesverweisung, doch wenigstens mit einem härteren Gefängniß, als sonst gemeiner Unzuchten wegen erkannt werden kann, bestrafet zu werden pfleget [ii]), so mag doch hievon zugleich auf die Anwendung derjenigen Strafen, die in dem Römischen Recht, sowohl wegen der zwoten

gg) SARNINGHAVSEN *Diss. de poena concubitus intra annum luctus priuata per cap. penult. et vlt. x. de secund. nupt. non abrogat. Goet. 1775. §. 13.*

hh) CARPZOV. *P. 4. Const. XXI. Def. VIII.* BROCKES *select. obs. forens. Obs. 615. p. 738.*

ii) CARPZOV. *c. l. Def. X.* und HOMMEL *l. c. Obs. 119.* und *130.*

zwoten Ehe überhaupt, als wegen derjenigen besonders, die während dem Trauerjahr vollzogen wird, vorgeschrieben worden, sodann, wann eine Witwe nach ihres Mannes Tode, oder wohl gar während dem Trauerjahr, Unzucht getrieben haben mögte, nicht gefolgert werden. Wollte man nun gleich gegen meine bisherigen Behauptungen den Einwurf machen, daß wenigstens in dem Fall, wenn man zugäbe, daß die Vorschriften des Römischen Rechts von der zwoten Ehe annoch heutiges Tages in Anwendung gebracht werden könnten, sodann von selbst folge, daß sie auf den Fall, da eine Witwe, ohne sich wieder zu verheirathen, Unzucht getrieben hätte, um so mehr gezogen werden müßten, als unter solchen Umständen ein noch grösserer Grad der Undankbarkeit gegen den verstorbenen Ehemann, als der durch die Wiederverheirathung erwachsen kann, vorhanden ist, so ergiebet gleichwohl eine nähere Prüfung dieses Einwurfs, daß er den von mir vorgetragenen Grundsätzen nicht füglich gemacht werden könne, oder denselben entgegen stehe. Denn, es ist zuvörderst eine ausgemachte Rechtswahrheit, daß diejenigen Einschränkungen, welche die Gesetze in einzelnen Fällen, zumahl in causis odiosis machen, auf ähnliche Vorkommenheiten nicht angewandt werden können, gegentheils vielmehr unter solchen Umständen von den ausdrücklichen Worten eines Gesetzes, zumahl, wenn dieselben völlig bestimmt und deutlich seyn sollten, nicht abgegangen, wenigstens aber niemahls die härtere Auslegung und Erklärung angenommen werden

müsse

müsse [kk]). Derjenige Einwurf aber, der weiter von der Undankbarkeit gegen den Verstorbenen hergenommen wird, und woher man zu beweisen suchen mögte, daß eine Witwe, die nach ihres Mannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem zugebilligten Vortheile verlieren müsse, kann hier um so weniger eine gegründete Aufmerksamkeit verdienen, als nach der ausdrücklichen Vorschrift des Canonischen Rechts eine Frau nach dem Tode ihres Mannes a lege viri sui völlig befreyet ist [ll]), folglich im gesetzlichen Verstande sich eigentlich keine Undankbarkeit gegen den verstorbenen Mann, die durch eine nach dessen Tode verübte Unzucht bewiesen werden mögte, gedenken läßt.

Wann es nun in Ermangelung besonderer Landesgesetze keinem Zweifel unterworfen ist, daß eine Witwe wegen gepflogener Unzucht, die sie entweder während dem Trauerjahr, oder sonst nach des Mannes Tode, begangen hat, so wenig die freye Verwaltung des ihr eigenthümlich zustehenden Vermögens verliere, als diejenigen Vortheile,

kk) *L. 56. de R. I.* v. semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. *L. 90. eod.* v. in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda sit. *L. 18. D. de LL.* benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conseruetur. *L. 25. eod.* nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, vt, quae salubriter pro vtilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad seueritatem.

ll) *Cit. cap. 4.* und *5. X. de secund. nupt.*

theile, die ihr zum besten in ihres Ehemannes letzten Willen vermacht worden sind, einbüsse, und überhaupt von demjenigen, was in den Gesetzen von der zwoten Ehe vorgeschrieben worden, wenn solches auch noch heutiges Tages in Anwendung zu bringen stünde, auf eine nach des Ehemannes Tode, ohne vorgängige Verehelichung getriebene Unzucht, kein sicherer Schluß gemacht werden kann, so sind nun noch einige wenige Einschränkungen, die diese Lehrsätze gleichwohl bey der Anwendung erfodern, kürzlich zu bemerken.

Zu solchen Einschränkungen gehöret besonders der Fall, wenn die Unzucht nach des Mannes Tode nicht sowohl allererst vollbracht, als vielmehr schon bey desselben Lebzeiten, ohne, daß inzwischen jener solches erfahren, angefangen und getrieben seyn sollte, und nun nach dem Tode des Ehemannes lediglich nur fortgesetzet würde. Denn, obzwar die Erben eines verstorbenen Ehegatten bey einem von dem Ueberlebenden begangenen Ehebruch auf den Verlust des Brautschatzes eigentlich nur sodann klagen können, wenn jener den Ehebruch bey seinem Leben nicht allein erfahren, sondern auch deshalb bereits Klage erhoben, und auf den Brautschatz rechtlicher Weise Anspruch gemacht haben sollte [mmm]; so hat es gleich-

mmm) Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 105. LEYSER *Spec.* 579. *n.* 26.

gleichwohl keinen Zweifel, daß die Erben eines Ehemannes seiner ehebrecherischen Witwe, im Fall sie etwa ihren dotem und andere ihr in den Ehe-Verträgen zugebilligten Vortheile aus der Erbschaft verlangen dürfte, die exceptionem adulterii wenigstens sodann mit gutem Grunde entgegensetzen können [nn]), wenn die Ehebrecherin zu zeigen nicht vermögte, daß ihr Ehemann bey seinem Leben ihr entweder würklich, oder ausdrücklich Verzeihung habe angedeyen lassen, oder, daß letzteres wenigstens um deswillen zu vermuthen stehe, weil der Ehemann die ihm durch den Ehebruch bewiesene Untreue bey seinem Leben erfahren, und gleichwohl dieselbe, ob er gleich gekonnt hätte, nicht gerüget habe [oo]). Die exceptio adulterii commissi stehet inzwischen nach dem Zeugniß der Rechtslehrer [pp]) den Erben des Ehemannes, besonders wegen der gesoderten donationis propter nuptias auch sodann zu, wenn gleich in der Replic die Ehebrecherin eine ihr zuständige Compensation für sich anführen,

nn) *c. 4. X. de donat. inter V. et V.* v. plerumque, si mulier ob causam fornicationis Iudicio ecclesiae, aut propria voluntate, a viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, dotem vel dotalitium repetere non valebit. PVFENDORF *Tom. 2. Obs. 122.*

oo) BROCKES *Obs. 615.*

pp) PVFENDORF *Tom. 3. Obs. 123.*

ren, oder, daß ihr Ehemann gleichfals einen Ehebruch begangen habe, beweisen könnte [qq].

Würde ein Ehemann seiner künftigen Witwe lediglich unter der Bedingung, daß sie nach seinem Tode einen züchtigen und unsträflichen Wandel führe, etwas vermacht haben, leztere aber gleichwohl sich den Ausschweifungen ergäbe und Unzucht triebe, so hat es keinen Zweifel, daß in einem solchen Fall, da eine Witwe der ihr gemachten Bedingung, die ihr allerdings mit völligem Recht gesetzet werden können, zuwider handeln mögte, die ihr verschriebenen Vermächtnisse für erloschen angesehen werden müssen, wenn anders, wie sich von selbst verstehet, der unzüchtige Wandel einer solchen Witwe rechtlicher Art nach zu beweisen stehet, folglich darüber kein fernerer Streit vorwaltet.

Da die Hinterlassung der sogenannten statutarischen Portion, in soferne sie anders nach den besondern Gesetzen eines Ortes unter Ehegatten statt findet, keine Schmählerung, Verringerung,

 oder

qq) *L. 4. §. 13. D. de doli mali et metus except.* v. Marcellus ait, aduersus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est. Ait nempe iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero cum quo ageretur, poenae esse: cum longe aequum sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.

oder Einschränkung zuläßt, weil die Hinterlassung derselben nicht von des Ehemannes freyen Willkühr abhänget [rr]), und er zum Nachtheil der seiner Witwe zuständigen statutarischen Portion nicht füglich disponiren kann [ss]); so ergiebet sich daher von selbst, daß ein Ehemann bey der Verschreibung, oder Aussetzung der statutarischen Portion es nicht zu einer besonderen Bedingung machen könne, daß seine Witwe einen guten Wandel führe, und sich nicht einer unzüchtigen Lebensart ergebe.

*rr*) Stein a. O. §. 125. und *Lib. 2. Tit. 2. §. 263.*

*ss*) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 1. Iud. 37. Cent. 2. Iud. 8. Cent. 5. Iud. 77.*

# III.

## Von der Zulässigkeit des Erfüllungs-Eydes in peinlichen Fällen.

Obgleich es sowohl dem eigentlichen Ankläger, als dem Fiscal, wenn letzterer nämlich die Stelle des ersteren vertritt, freystehet, alle diejenigen Arten der Beweismittel, welche die Gesetze sowohl überhaupt, als in peinlichen Fällen besonders, zulassen, zu gebrauchen [a]), so leidet gleichwohl dieser Satz unter gewissen Umständen eine Einschränkung und Ausnahme. Denn, nach dem Gerichtsbrauch erlaubet man in peinlichen Fällen so wenig dem Ankläger, als dem Fiscal [b]), zur Eydesdelation zu schreiten, oder dem Angeschuldigten über diejenigen Bezüchtigungen, die er ableugnet, den Eyd zu deferiren [c]). Es ist ferner, vermöge des Gerichtsbrauchs, eine unbestrittene Rechtswahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungs-Eyd statt finden könne [d]). Der Grund, warum in peinlichen Fällen das sonst übliche Beweismittel der Eydesdelation

 nicht

a) L. 8. C. *de quaest.*

b) *de* BOEHMER *ad art.* 62. CC. §. 3.

c) WERNHER P. 4. *Obs.* 151. n. 446. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 114. *Obs.* 1. und *in Meditatt. ad* CC. *c. l.* und *ad art.* 141. §. 2.

d) L. 25. C. *de probat.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 74.

nicht platzgreiflich wird, ist besonders im Römischen Recht zu finden, nach welchem nämlich jene für eine Art des Vergleichs, der gleichwohl nach demselben in peinlichen Fällen nicht zulässig ist [e]), angesehen zu werden pfleget [f]). Allein, wenn gleich die bisher angeführten Sätze keine erhebliche Einwürfe zulassen, so ist gegentheils die Beantwortung der Frage: Ob ein Angeschuldigter bey starken Vermuthungen, entweder für seine gänzliche Schuldlosigkeit, oder wenigstens für den Mangel des Vorsatzes, zum Erfüllungs-Eyde zugelassen werden könne? dem ersten Ansehen nach, mit verschiedenen Schwierigkeiten verbunden. Denn, zu geschweigen, daß einige Stellen im Römischen Recht [g]) für die Verneinung der aufgeworfenen Frage nicht ohne Scheingründe angeführet werden können, so kommt besonders in Erwägung, daß wenigstens in dem Fall, da der Angeschuldigte das bezüchtigte Verbrechen eingestehet, und nur seinen daran Theil habenden Vorsatz leugnet, derselbe bey dem Mangel genugsamer Beweise für seine Verneinung, der Aehnlichkeit des Rechts gemäß eher verurtheilet, als zum Erfüllungs-Eyde zugelassen werden müsse. Denn, da nach eingestandenem Verbrechen rechtlicher Art nach zu vermuthen stehet, daß jenes sich in dem Vor-

e) *L. 31. de Iureiur. L. 45. de Reg. Iur. L. 9. §. 5. de publican. et vectigal.*

f) *L. 1. §. 4. ad SCtum Turpillian. L. 15. ad municip.*

g) *L. 25. C. de probat. L. 6. C. de dolo malo L. 20. D. de quaest.*

Vorsatz des Thäters gründe [h]), wider eine Rechts-Vermuthung aber die eydliche Erhärtung der Unschuld nicht statt findet [i]), zumahl jene der Regel nach sogar die Wirkung eines vollständigen Beweises hat; so scheinet hieraus von selbst zu folgen, daß wenigstens unter den eben angeführten Umständen, auch in peinlichen Fällen der Erfüllungs-Eyd keine Anwendung finde. Ueberhaupt kann auch wider den Satz, daß ein Angeschuldigter bewandten Umständen nach, zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen sey, theils die auf vieler Wahrscheinlichkeit beruhende Gefahr des Meineydes, theils aber der Gerichtsbrauch, nach welchem nur der Kläger, nicht aber der Beklagte, den Erfüllungs-Eyd leisten darf [k]), allem Ansehen nach mit vielem Grunde angeführet werden. Vermöge der bisher angeführten Ursachen wollen daher verschiedene Rechtslehrer, daß der Angeschuldigte, welcher ein peinliches Verbrechen seiner Angabe nach, entweder im besoffenen Muth, oder im heftigen Affect, begangen haben will, oder sonst von sich behauptet, daß er bey der Vollbringung der Missethat sich seiner nicht bewußt gewesen sey, und sich deshalb sogar zur eydlichen Erhärtung seiner Angabe erbiethet, damit nicht zu hören sey [l]).

 Allein,

h) *L. 1. C. ad L. Cornel. de Sicar. L. 5. C. de iniur.*

i) *de* CRAMER *Tom. 3. Obs. 980.*

k) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib. 12. Tit. 2. §. 60.*

l) CARPZOV. *q. 146. n. 65.* MÜLLER *ad* STRUV *Ex.*

Allein, alle bisher angeführten Gründe können in keine Wege dazu dienen, um deshalb den Satz, daß in peinlichen Fällen ein Angeschuldigter bewandten Umständen nach zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen sey, verneinen zu können. Denn, wenn es gleich an und für sich seine Richtigkeit hat, daß bey einem jeden Verbrechen der Vorsatz des Thäters der Regel nach zu vermuthen sey, so gilt gleichwohl dieser Grundsatz nur in Ermangelung gegenseitiger Beweisthümer und Anzeigen. Denn, es ist gegentheils vielmehr eine ausgemachte Rechtswahrheit, daß nicht allein alle scheinbare Gründe und Umstände, worauf sich ein Angeschuldigter, entweder zur gänzlichen Ablehnung des Vorsatzes, oder wenigstens zur Verminderung der Grösse desselben, berufet, in soferne das Gegentheil nicht zu beweisen stehet, in peinlichen Fällen in gar vielem Betracht kommen, sondern sogar denjenigen Beweissen und Anzeigen, die wider den Angeschuldigten vorhanden sind, vorgezogen werden müssen m). Unter den bisher angeführten Umständen, oder bey dem Daseyn gegründeter Vermuthungen für den Angeschuldigten, kann aber eigentlich nur die Frage: Ob derselbe zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen sey, oder nicht? vorkommen. Denn, so ungereimt es auf der einen Seite seyn würde, einen

*Ex. 48. Th. 10.* SCHAUMBURG *in Princip. prax. Iud. Lib. 1. Sect. 1. membr. 4. c. 2. §. 6. n. 2.*

m) *L. 18. §. 1. de probat. L. 12. de liberali causa.* HARPRECHT *Resp. 74. n. 149. seqq. Resp. 75. n. 175. sqq.* MEV. *P. 3. Dec. 267. n. 6.*

nen jeden Verbrecher, der die Missethat selbst eingestehet, den daran Theil habenden Vorsatz aber ableugnet und sich zur Ablehnung des letzteren lediglich auf solche Umstände beziehet, deren Richtigkeit so wenig zu beweisen, als scheinbar zu machen stehet, zum Erfüllungs-Eyde zulassen zu wollen, so wenig rechtswidrig ist es auf der andern Seite, demjenigen die eydliche Erhärtung des angeblichen Mangels seines Vorsatzes zu gestatten, der zwar die praesumtionem doli, die aus einem jeden delicto erwächset, wider sich hat, allein dabey zugleich scheinbare Gründe, nach welchen der Mangel des Vorsatzes bey ihm demohngeachtet zu vermuthen stehet, anführet. Der oben zum Beweis des Gegensatzes angezogene L. 25. C. de probat. [n]) kann um soweniger die Stelle eines Einwurfs wider meine Behauptung vertreten, als der Augenschein ergiebet, daß er lediglich von dem Ankläger und dem von diesem letzteren zu führenden Beweise zu erklären, auf den Angeklagten, oder Angeschuldigten aber nicht zu ziehen sey. Ob nun zwar vermöge des oben angezogenen L. 6. C. de dolo malo [o]) nicht zu zweifeln ist, daß auch aus sichern und zutreffenden Anzeigen bewandten Umständen nach, der dolus bewiesen werden könne, so verbiethet gleichwohl

 die

n) Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis luce clarioribus expedita.

o) Dolum ex indiciis perspicuis probari conuenit.

die peinliche Gerichts-Ordnung p) ausdrücklich, in peinlichen Fällen auf Anzeigen und Vermuthungen die Verurtheilung zu bauen. Ueberdieß stehet der bemeldete L. 6. C. de dolo malo mit den vorhin angeführten Grundsätzen, daß ein Angeschuldigter mit den für ihn obwaltenden Vermuthungen in Ermangelung näherer Beweisthümer, zu hören, und allenfals zur eydlichen Erhärtung seiner Unschuld zuzulassen sey, in keinem Widerspruch. Weil auch der L. 20. D. de quaest. q) lediglich nur verbiethet, daß auf eines einzigen Zeugen Aussage die Tortur gebrauchet werde, sonst aber nichts enthält, das als ein Grund zum Einwurf widen den Satz, daß ein Angeschuldigter bewandten Umständen nach zur eydlichen Bestär-

p) Art. 22. P. G. O. "Item es ist auch zu merken, "daß niemand auff eynicherley Anzeygung, Argk- "wohns, Wahrzeychen, oder Verdacht, entlich zu "peinlicher Straff soll verurtheylt werden, sonder "alleyn peinlich mag man darauf fragen — — dann "soll jemand endlich zu peinlicher Straff verurtheylt "werden, das muß aus eigen Bekennen, oder Be- "weisung beschehen und nicht auf Vermuttung oder "Anzeygung.„

q) Maritus quidem haeres vxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem vnum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem, desiderauerat et quaestionem habere de ancilla. Surus negabat, se accepisse et testimonium non oportere vnius hominis admitti: nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. Procurator quaestionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognouisset imperator, pronuntiauit, quaestione illicite habita, vnius testimonio non esse credendum, ideoque recte prouocatum.

stärkung seiner Entschuldigungen zuzulassen sey, angesehen werden könnte, so kann auch derselbe zum Beweise des Satzes, daß der Angeschuldigte schlechterdings nicht zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen, in keine Wege angezogen werden. Der Einwand, den man wider den Erfüllungs-Eyd, in soferne von dem Angeschuldigten die Rede ist, insbesondere von der Schlüpfrigkeit des Eydes und der Gefahr des Meineydes herzunehmen pfleget, verdienet um soweniger einigen Betracht, als in dem Fall, da er allgemein und ohne Einschränkung gelten sollte, aller Gebrauch des Eydes in peinlichen Fällen, den gleichwohl der Gerichtsbrauch unter gewissen Einschränkungen wenigstens zur Aufhebung des Verdachts bestättiget [r]), wegfallen müßte. Inzwischen gebe ich gerne zu, daß, so wie es Pflicht und Gewissen des Richters erfodert, in der Erkennung und Zulassung des Reinigungs-Eydes die äusserste Vorsicht und Behutsamkeit anzuwenden, und bey der Gefahr des Meineydes, oder andern Bedenklichkeiten lieber eine ausserordentliche Strafe, oder die Absolution von der Instanz vorzuziehen [s]), ein gleiches auch billig von der Zulassung des Erfüllungs-Eydes gelten müsse. Derjenige Einwand aber, daß nach dem Gerichtsbrauch, wenigstens

r) I. H. BOEHMER *Diss. de vsu Iurament. purgator. in criminalibus.*

s) HARPRECHT *Dec. 34. n. 38.* BOEHMER *in Iur. Eccles. Protest. Lib. 5. Tit. 34. §. 27.* Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 759.

nigstens in bürgerlichen Sachen der Erfüllungs-Eyd nur dem Kläger, nicht aber dem Beklagten aufgeleget zu werden pfleget [t]), verdienet um so weniger einige Aufmerksamkeit, als nach dem deutlichen Ausspruch der Gesetze [u]) bey der Zulassung des Erfüllungs-Eydes überhaupt, ohne unter dem Kläger und Beklagten zu unterscheiden, das meiste auf dem richterlichen Ermessen beruhet [x]). Mit Grunde wollen daher verschiedene Rechtslehrer, daß ein Angeschuldigter, der die ihm bezüchtigte Missethat, entweder gänzlich, oder doch wenigstens seinen daran Theil genommenen Vorsatz leugnet, und zur Bestärkung seiner Angabe sich auf solche wahrscheinliche Gründe und Anzeigen, die wenigstens zusammen genommen einen halben Beweis ausmachen, berufet, zum Erfüllungs-Eyde zugelassen werden müsse [y]). Der Unterschied, den die Rechtslehrer hierin unter dem Ankläger und Ange-

t) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib. 2. Tit. 2. §. 60.*

u) *L. 3. C. de Reb. cred.* v. in bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris caussis, inopia probationum, per Iudicem Iureiurando causa cognita res decidi oportet *c. 36. X. de Iureiur.* sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet (et si nihil praestiterit) obtinere. Praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum, nisi Iudex (inspectis personarum et caussae circumstantiis) illud actori videat deferendum.

x) CARPZOV. *P. 1. Const. 23. Def. 6.* LEYSER *Spec. 142. n. 2.*

y) *de* BOEHMER *ad art. 141. CC. §. 2.* ENGAV *in Element. Iur. Crimin. Lib. 1. Tit. 3. §. 36.*

Angeklagten, oder Angeschuldigten, gemacht wissen wollen, indem sie jenen in peinlichen Fällen zum Erfüllungs-Eyde schlechterdings nicht, diesen aber unter gewissen Einschränkungen zugelassen wissen wollen, beruhet unstreitig auf demjenigen Ausspruch der Gesetze [z]), nach welchem in zweifelhaften Fällen eher für den Beklagten, als den Kläger zu sprechen, und jener demnach bey vorwaltender Ungewißheit vielmehr von der erhobenen Klage zu entbinden und freyzusprechen, als zu verurtheilen ist.

Es leidet inzwischen der allgemeine Grundsatz, nach welchem in peinlichen Fällen der Angeschuldigte über dasjenige, was er zu seiner Rechtfertigung und Entschuldigung vorbringet, bewandten Umständen nach, zum Erfüllungs-Eyd zuzulassen ist, in einigen besonderen Fällen verschiedene Ausnahmen und Einschränkungen. Denn, in soferne wider den Angeschuldigten wegen der bezüchtigten Missethat, und seines daran Theil habenden Vorsatzes, ein durch zwey Zeugen geführter vollständiger Beweis vorhanden ist, jener aber sich nur lediglich auf das beschwohrne Zeugniß eines einzigen tauglichen Zeugen berufet, ist derselbe nicht sowohl zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen [aa]), als vielmehr zu derjenigen Strafe, die Inhalts der Gesetze des Verbrechens wegen statt findet, sofort zu verurtheilen

z) *L. 47. de Obligat. et act. L. 125. de Reg. Iur.*

aa) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 73.*

len [bb]), es wäre dann, daß wider den anscheinlich geführten vollständigen Beweis und besonders wider die Personen der Zeugen mit Rechtsbestande, solche erhebliche Einwürfe gemacht werden könnten, die denselben, wo nicht völlig entkräfteten, doch wenigstens ungewiß und zweifelhaft machten. Denn, bey so bewandten Umständen ist der Angeschuldigte, wenn er sich auf die Aussage eines gültigen Zeugen berufen, oder wenigstens andere richtig befundene Umstände und Anzeigen für sich anführen könnte, billig zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen, und nach dessen würklichen Ableistung freyzusprechen.

Da bekannten Rechten nach derjenige, der überall keine rechtliche Beweisthümer, oder Anzeigen für sich, und wohl gar stärkeren Verdacht wider sich hat, nicht einmahl in blossen Civilsachen zum Erfüllungs-Eyde zugelassen zu werden pfleget

bb) Art. 67. P. G. O. "Item so eyn Missethat "zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhafftigen guten Zeugen, die von eynem waren wissen "sagen, bewisen wirdt, darauff soll, nach gestalt "der Verhandelung mit peinlichem Rechten volnfahrn und geurtheylt werden." Art. 69. P. G. O. "Item so der Beklagt, nach genugsamer Beweisung noch nit bekennen wolt, soll jm angezeygt "werden, das er der Missethat bewisen sey, ob "man dardurch sein Bekandtnuß dester eher auch "erlangen kündt, ob er aber dannoch darüber nochmals nit bekennen wolt, des er doch, als obsteht, "gnugsam bewisen wer, so solt er nit dester weniger der beweißten Mißthat nach, ohn eynich peinlich Frag verurtheylt werden."

pfleget [cc]), so folget daraus von selbst, daß in peinlichen Fällen um so mehr ein gleiches gelten müsse, und daher ein Angeschuldigter, der so wenig einen tauglichen Zeugen, als andere scheinbare Umstände für sich anführen kann, zum Erfüllungs-Eyde nicht zugelassen werden müsse. Ein solcher ist vielmehr nach dem Unterschiede, ob er sich geständlicher, oder bewiesenermassen wenigstens diese, oder jene sträfliche Handlungen zu Schulden habe kommen lassen, oder nicht, entweder ausserordentlich zu bestrafen, oder von der Instanz frey zu sprechen [dd]).

Sollten entweder die Vermuthungen für den Angeschuldigten ein grosses Uebergewicht für solche, die wider ihn sind, haben, oder wenigstens die Anzeigen für und wider den Angeschuldigten in Gleichgewicht stehen, so ist auch, da im zweifelhaften Fällen billig für den Angeschuldigten zu vermuthen, derselbe zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen, es wäre dann, daß er ein solcher Mensch seyn mögte, bey dem entweder seiner bisherigen Lebensart, oder anderer Umstände wegen, die Begehung des Meineydes mit Grunde zu besorgen stünde. Denn, unter solchen Umständen ist der Angeschuldigte nicht sowohl zum Erfüllungs-Eyde zu

cc) *c. 34.* und *36. X. de Iureiurand.* LEYSER *Spec. 141. Coroll. 1.*

dd) Mein Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten zu verfahren sey. Rost. 1774.

zu zulassen [ee]), als vielmehr nach Beschaffenheit der eingestandenen Thathandlungen entweder sofort ausserordentlich zu bestrafen, oder von der Instanz frey zu sprechen, oder ihm auch, wenn seine fernere Anwesenheit schädlich seyn könnte und daraus nach verschiedenen Gründen zu urtheilen, für den Staat Schaden und Nachtheil zu besorgen stünde, nach abgeschwohrner Urphede die Vermeidung des Gerichts-Sprengels aufzugeben [ff]). Die Grösse und Beschaffenheit des Verbrechens hat inzwischen in die Beantwortung der Frage: Ob der Angeschuldigte zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen sey oder nicht? keinen Einfluß, indem hiebey alles lediglich auf die Beschaffenheit und Stärke der Anzeigen, die für oder wider den Angeschuldigten vorhanden sind, ankommt.

Obzwar verschiedene Rechtslehrer [gg]) eigentlich nur denjenigen, der sich in einer praesumtione Iuris gründet, der Regel nach zum Erfüllungs-Eyde zugelassen wissen wollen, und es daher das Ansehen gewinnen könnte, daß auch in peinlichen Fällen ein Angeschuldigter nur sodann, wenn er eine, oder mehrere sogenannte Rechtsvermuthungen für sich anführen könnte, zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen sey, so zeigen gleichwohl andere Rechts-

ee) *c. 36. X. de Iureiur.* CARPZOV. *P. 1. Const. 23. Def. 10.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 71.*

ff) LEYSER *Spec. 142. n. 9. 10.*

gg) MEV. *P. 5. Dec. 281.* und *P. 7. Dec. 375.* BRUNNEM. *ad L. 31. de Iureiur.*

Rechtslehrer [hh]) in Gemäßheit verschiedener Stellen des Canonischen Rechts [ii]) das Gegentheil, zumahl die sogenannten praesumtiones hominis in Absicht des höheren Grades der inneren Wahrscheinlichkeit zuweilen wohl gar einen Vorzug für den sogenannten Rechts-Vermuthungen behaupten. Es kommt daher bey Beantwortung der Frage: Ob der Angeschuldigte in peinlichen Fällen wegen der Richtigkeit seiner vorgebrachten Entschuldigung zum Erfüllungs-Eyde zu zulassen sey, oder nicht? nicht sowohl darauf an, ob er sich auf Rechts-Vermuthungen, oder auf menschlichen Anzeigen gründe, als vielmehr vorzüglich und am meisten darauf, ob richtig befundene Umstände und Anzeigen, welche die Stärke eines halben Beweises haben, die Schuldlosigkeit, oder wenigstens die mindere Strafbarkeit des Angeschuldigten, wahrscheinlich machen, oder nicht? So wie nun in jenem Fall, zumahl bey einem Menschen, bey dem die Begehung des Meineydes nicht zu befahren, die Zulassung des Erfüllungs-Eydes unbedenklich ist, so hat derselbe gegentheils in dem letzteren Fall nicht statt, und ist vielmehr sodann, wie vorhin angemerket worden, wider den Angeschuldigten zu erkennen.

Würden

*hh*) LEYSER *Spec. 141. n. 1.* Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses im 65sten Titel §. 558.

*ii*) *cap. 36. §. 1. X. de Iureiurand.*

Würden die Behauptungen des Angeschuldigten, daß er das bezüchtigte Verbrechen entweder überall nicht, oder doch nicht vorsätzlich, begangen habe, nicht zwar von allem Schein entblösset seyn, inzwischen der Angeschuldigte bey dem mit ihm angestellten Verhör durch Umzüge und Widersprüche den Verdacht wider sich bestärken, und noch wohl gar vermehren, folglich aller Grund, um seine Behauptungen für glaubwürdig halten zu können, wegfallen; so ist derselbe sowenig zum Erfüllungs- als Reinigungs-Eyde zu zulassen, vielmehr nach richterlichem Ermessen sofort ausserordentlich zu bestrafen. Eine solche willkührliche Strafe würde auch besonders unter den angeführten Umständen sodann keinen Zweifel haben, wenn der Angeschuldigte gleich nichts unerlaubtes, oder strafbares eingestanden hätte, oder desselben rechtlich überwiesen wäre, sintemahl einer schon schwere Ahndung, oder scharfe Bestrafung verdienet, der bewiesener oder geständlichermassen Lügen und Umzüge sich bey dem Verhör zu Schulden kommen lassen, und dadurch die pflichtmässige Achtung gegen seine Vorgesetzten verletzet und aus den Augen gesetzet hat [kk]).

*kk*) CARPZOV. *q. 113. n. 54. seq.* HARPRECHT *Cons. 106. n. 129—134.* Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen *Resp. 40. n. 14.*

# IV.

## Ob Eltern in der Disposition unter ihren Kindern eine merkliche Ungleichheit bey der Vertheilung beobachten, und diesen, oder jenen nach eigener Willkühr bis auf dem Pflichttheil von ihrer Verlassenschaft ausschliessen können?

Es gehöret zu den bekanntesten und ausgemachtesten Rechtswahrheiten, daß eine solche Disposition, die Vater, Mutter, oder beyde Eltern lediglich in Absicht ihrer Kinder machen, nicht die mindesten Feyerlichkeiten erfodere, und bey der Gewißheit des letzten Willens es dabey nicht einmahl auf einer förmlichen Erbenseinsetzung ankomme [a]). Die Gesetze erfodern zur Gültigkeit, oder zum Rechtsbestande einer solchen Disposition lediglich folgende Umstände: daß solche, wenn sie schriftlich abgefaßt worden, von dem Testirer entweder eigenhändig aufgesetzet, oder wenigstens unterschrieben, oder, wenn sie auf einer mündlichen Erklärung beruhet, letztere in zweyer Zeugen Gegenwart geschehen sey [b]). Weiter müssen in der angezogenen Disposition sowohl

 die

a) WERNHER *P. 9. Obs. 208.*

b) GAIL *Lib. 2. Obs. 112. n. 2.* CARRACH *de disposit. parent. inter liberos nuncupat. Hal. 1754.* KRAUSS. *de testament. parent. inter liberos minus solenniter nuncupato Viteb. 1767.*

die Nahmen der Kinder, als die einem jeden derselben zugebilligte Portion genau, deutlich und buchstäblich ausgedruckt werden, auch muß die Jahrzahl und der Tag hinzugesetzet seyn [c]). Ob nun gleich die bemerkten Eigenschaften vermöge der angezogenen Gesetze keinen Zweifel haben, auch deren heutige Anwendung von den bewährtesten Rechtslehrern nicht bezweifelt wird [d]), so sind gleichwohl andere ebenfals von Ansehen, die bey einer Disposition unter Kindern so wenig eine buchstäbliche Bestimmung der einem jeden zugebilligten Portion, als eine genaue Hinzufügung der Jahrzahl und des Tages zum Bestande, oder zur Gültigkeit einer solchen Disposition, erfodern [e]). Ohne inzwischen diese letztere von dem deutlichen Ausspruch der Gesetze abstimmige Meynung näher zu prüfen, als worauf jetzo meine Absicht nicht

c) *Nouella 107. cap. 1.* v. nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes, volumus, si quis litteras sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret. Deinde quoque filiorum nomina propria manu ad hoc vncias in quibus scripsit eos haeredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declaranda: vt vndique clarae et indubitatae consistant. *Auth. quod sine C. de testament.* WIESAND *ad Nouell. 107. c. 1. Viteb. 1772.*

d) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 10. und BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 4. Th. 6. n. 3.*

e) BRVNNEM. *ad Auth. quod sine C. de testament.* BOEHMER *T. 2. R. 720. n. 8.* HOMMEL *Obs. 357.*

nicht gerichtet ist, will ich hier nur dieses bemerken, daß der wahre und eigentliche Grund, warum eine Disposition der Eltern unter ihren Kindern ohne alle sonst gewöhnliche Feyerlichkeiten bestehet, vorzüglich darin zu setzen sey, weil nach den Sitten und Gewohnheiten aller cultivirten Völker schon der blosse ernstliche Wille der Eltern, ohne dabey auf die Art und Weise, wie derselbe erkläret worden, zu sehen, ihren Kindern das heiligste und unverbrüchlichste Gesetz seyn müsse [f]), zumahl von leiblichen Eltern nichts anders zu vermuthen stehet, als daß sie von ihrer Seite die besten Gesinnungen gegen die von ihnen gemeinschaftlich erzeugte Kinder hegen, und solche auch bey der Regulirung ihrer Verlassenschaft zu erkennen geben werden [g]). Vermöge dieser Grundsätze wollen daher viele Rechtslehrer [h]), daß ein Kind, die von seinen beyden Eltern, oder von einem derselben gemachte Disposition aus dem Grunde, weil es in Verhältniß seiner Geschwister zu wenig empfangen habe, und wohl gar bis auf den Pflichttheil ausgeschlossen worden sey, nicht füglich anfechten könne [i]), es wäre dann, daß einem



f) *L. 16. C. famil. erciscundae.* CRAMER *T. 3. Obs. 846. §. 2.* und *Obs. 932.* MEV. *P. 4. Dec. 14.*

g) *L. 22. §. 4. ad L. Iul. de adulter. Nouella 107. c. 1.* LEYSER *Spec. 351. n. 2.*

h) CARPZOV. *P. 3. Const. 4. Def. 21. n. 9.* GAIL *c. l. n. 24.* MEV. *P. 9. Dec. 1.* WESENBEC. *Cons. 56. n. 4.*

i) *L. 8. C. de inoffic. testamento* v. Parentibus arbitrium diuidendae haereditatis inter liberos adimen-

nem solchen Kinde der ihm gebührende Pflichttheil, entweder ohne Anführung einiger, oder wenigstens erheblicher Ursache, gänzlich entzogen seyn sollte [k]). Denn, in soferne ein Kind noch wenigstens in einem Theil des Pflichttheils nach der väterlichen Disposition zum Erben eingesetzet worden, könne dasselbe zwar wohl auf die Ergänzung des Pflichttheils, nicht aber auf die gänzliche Zernichtung der väterlichen Disposition, die Klage richten [l]).

Allein, die bisher angezogene Meynung, nach welcher Eltern bey der Disposition unter ihren Kindern lediglich nach eigenem Gutbefinden verfahren, und wohl einen oder andern sogar bis auf dem Pflichttheil von ihrer Verlassenschaft ausschliessen können, wird von andern Rechtslehrern wider-

mendum non est: dummodo non minus is, qui pietatis sibi conscius est, partis, quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex Iudicio parentis obtineat. Add. *L. 36. C. famil. erciscund.*

k) *L. 30. 32.* und *36. C. de inoffic. testament.*

l) *Nouella 115. c. 5. pr.* haec autem dispofuimus, vt et parentes et filios testamentorum injuria liberos reddamus. Caeterum si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solui praecipimus. Quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleti. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. WERNHER *c. l.* WILDVOGEL *de diuisione parentum inter liberos Th. 7.*

widersprochen [m]). Die Gründe, deren sich letztere zur Bestreitung des Gegensatzes bedienen, sind besonders die nachfolgenden. Zuvörderst findet nämlich nach dem Natur- und Völkerrecht, worin besonders der wahre Grund, warum die Disposition der Eltern in Absicht ihrer Kinder ohne Feyerlichkeiten bestehe, anzutreffen sey, keine Ungleichheit unter Kindern von einerley Eltern statt, vielmehr sey jene sogar der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze zuwider [n]). Wenn nun gleich der bereits angezogene *L. 8. C. de inoffic. testament.* zum Beweis des Gegentheils angeführet werden mögte, so wäre gleichwohl billig zu erwägen, daß jenes Gesetz lediglich von einem feyerlichen Testament, in welchem freylich die Eltern völlige Macht und Befugniß hätten, nach eigenem Wohlgefallen über ihr Vermögen disponiren zu können, zu verstehen, nicht aber von einer Disposition der Eltern unter ihren Kindern zu erklären sey, als welches letztere besonders alle Umstände des angezogenen Gesetzes unwahrscheinlich machten [o]). Weil die Gesetze bey der den Eltern frey-



m) COTHMANN *Vol. 1. Resp. 6. n. 14. seqq.* und mehrere von ihm angezogene Rechtslehrer.

n) *L. 11. C. famil. erciscundae* v. inter filios et filias bona intestatorum parentum pro virilibus portionibus aequo iure diuidi oportere, explorati iuris est. *L. 3. C. comm. vtriusque Iudicii Auth. in Successionem C. de suis et legitimis liberis.*

o) FICHTNER *in Dissert. de quaest. an patri liceat in testamento minus solenni, seu priuilegiato peraeque vt in alio solenni filio cuidam relicta legitima de caeteris bonis inter liberos pro lubitu testari.*

freygelassenen Befugniß, unter ihren Kindern ohne alle Feyerlichkeiten disponiren zu können, besonders die Absicht hätten, um künftig alle Anlässe zu Streit und Feindschaft über die Verlassenschaft zu entfernen, so folget daher von selbst, daß die den Eltern ertheilte Befugniß, die Art der Erbfolge ihrer Kinder ohne Feyerlichkeiten bestimmen zu können, eigentlich zum Besten der Kinder eingeführet worden p), und daß dieselbe daher nicht zum Schaden und Nachtheil derselben in Anwendung gebracht werden könne. Es bliebe zwar den Eltern billig freygelassen, diesem, oder jenem von ihren Kindern in ihrer Disposition etwas zum voraus zu vermachen; aber hievon könne in keine Wege der Schluß auf ein Verfahren nach eigener Willkühr, oder daß die Eltern unumschränkte Macht und Gewalt hätten, dieses, oder jenes von ihren Kindern sogar bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlassenschaft ausschliessen zu können, gemacht werden q). Allein, diesem allen ohngeachtet, ist gleichwohl diejenige Meynung, nach welcher Eltern unter ihren Kindern nach eigenem Wohlgefallen disponiren können, wenn

p) *L. 11.* und *26. C. famil. erciscundae.*

q) COTHMANN *c. l. n. 68.* welcher daselbst merklich schreibet: denique testamentum imperfectum, in quo liberi inaequaliter instituti et enormiter laesi sint, etiamsi legitimam habeant, viribus non subsistere crebrior, verior et rectior interpretum nostrorum opinio est, secundum quam etiam ab amplissimis aliquot facultatibus iuridicis responsum esse scio, et in praesenti quoque casu pronuntiandum existimo.

wenn sie anders den letzteren nur den Pflichttheil unverkürzet lassen, den Gesetzen angemessener, und sie wird durch den Gerichtsbrauch um so mehr bestättiget [r]), als es an und für sich ungereimt wäre, wenn die Gesetze den Eltern die Befugniß einräumten, unter ihren Kindern ohne Feyerlichkeit disponiren zu können, und solche gleichwohl lediglich auf eine gleiche Vertheilung des Vermögens, die sich sodann schon von selbst verstünde, einschliessen wollten. Nach der Analogie der Gesetze sind gegentheils vielmehr mit der Disposition der Eltern unter ihren Kindern eben dieselben Rechte und Wirkungen verbunden, die sonsten aus einem feyerlichen Testament zu erwachsen pflegen [s]). Der Einwurf, daß das Vermögen der Eltern unter ihre Kinder gleich zu vertheilen sey, verdienet um so weniger einige Aufmerksamkeit, als derselbe eigentlich nur sodann in Betracht kommen kann, wenn keine ausdrückliche Disposition des Gegentheils vorhanden ist [t]), als welche letztere auch die oben zum Beweis der gegenseitigen Meynung angeführten Gesetze nicht ausschliessen. Wenn auch gleich die Vermeidung der Streitigkeiten über die Verlassenschaft der Eltern der Hauptendzweck bey einer von den letzteren gemachten Disposition gewöhnlicher Weise zu seyn pfleget, so beruhet gleichwohl die Gültig-



r) BROCKES *in Select. Obs. forens. Obs. 173.* HELLFELD *in Iurispr. forens. §. 1480.*

s) MEV. *P. 9. Dec. 1. n. 5. 6.*

t) *L. 21. C. de collat.*

keit einer solchen Disposition am meisten auf der Ehrerbietung und dem Gehorsam, mit welchem die Kinder die in Absicht ihrer geschehenen Verfügungen ihrer Eltern aufnehmen und sich dieselben ohne diejenigen Feyerlichkeiten, die sonst erfodert zu werden pflegen, gefallen lassen müssen [u]). Aus allen diesen aber ergiebet sich nun von selbst, daß der Einwand einer ungleichen Vertheilung des Vermögens und der daraus entspringenden Verletzung, gegen eine Disposition der Eltern, der Regel nach, in keinen Betracht komme, vielmehr ohnbeschadet der letzteren, dem vermeyntlich beleidigten Theil nur lediglich die Befugniß zustehe, auf die Ergänzung des Pflichtheils seine Klage zu richten [x]). Würden aber die Eltern in ihrer Disposition diesem, oder jenem ihrer Kinder auch nicht einmahl einen Theil des Pflichttheils vermacht haben, so stehet auch demselben, bekannten Rechten nach, zur Aufhebung eines ihm so nachtheiligen letzten Willens, zumahl, wenn es entweder überhaupt an hinlänglichen Ursachen, oder wenigstens an dem Beweis derselben ermangelt, nach Beschaffenheit der Umstände die in den Rechten gegründete quaerela nullitatis, oder inofficiosi testamenti zu. Sollten inzwischen beyde, oder einer von den Eltern in ihrer Disposition zum Vortheil eines dritten, der nicht ihr Kind ist, etwas verfüget, und solches ohne die in den Rechten

u) WINTERBACH *de obligat. Iuribusque parentum et liberorum erga se inuicem eorumque fundament. Ien. 1769.*

x) *L. 30. C. de inoffic. testament.* MEV. *c. l. n. 12. 13.*

Rechten beschriebene Feyerlichkeiten gethan haben, so können auch die Kinder einen solchen letzten Willen nicht sowohl aus dem Grunde der ungleichen Vertheilung des Vermögens, als vielmehr aus der Ursache, weil die Eltern in ihrer Disposition, die bekannten Rechten nach nur lediglich in Absicht der Kinder ohne Feyerlichkeiten bestehet, eine fremde Person hinzugefüget und dieselbe mit zur Erbfolge zugelassen haben, in gegründeter Hofnung eines guten Erfolgs anfechten [y]), und auf die Zernichtung einer solchen väterlichen Disposition mit völligem Rechtsbestande ihre Klage richten.

y) *L. 20. C. de testament. in fin.* Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: Certum est eam voluntatem defuncti quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo habere, sed liberis adcrescere. *Nouella 107. cap. 1.* v. Si tamen aut vxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma: nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam obseruationem testamentorum non suscipiente: Sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem veritatem chartae praebitam.

# V.

## Ob und in wieferne die Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzusehen sey, und welche Strafe deshalb statt finde?

Nicht allein das gemeine Recht [a]), sondern auch eine damit übereinstimmende Observanz in Deutschland [b]) gestatten einem jeden freyen Menschen, seinen Aufenthalt nach eigenem Belieben verändern, und solchen künftig in fremden Ländern nehmen zu können, woferne er nur dadurch weder gewisse Pflichten und Verbindlichkeiten verletzet, noch in Absicht auf die Art und Weise rechts- oder gesetzwidrig verfähret [c]). Hieraus ergiebet sich von selbst, daß so wenig diejenigen, die in öffentlichen Aemtern und Bedienungen bisher gestanden haben, ohne erhaltenen Abschied sich entfernen, als diejenigen besonders, die bisher gewisse Rechnungen geführet, oder andere Geschäfte verwaltet haben, ohne vorhergegangene Rechnungs-Ablegung und Erledigung der ihnen gemach-

a) *L. 5. §. 1. L. 12. de captiu. et postlimin. reuers. L. 20. 27. §. 2. L. 31. de lib. hom. exhibend. L. 1. C. de incol. L. 17. §. 11. ad municip.*

b) *A. B. c. 16. I. P. O. art. V. §. 12. 36.*

c) *L. vn. C. si curial. relict. ciuitat.* R. A. von 1570. §. 4. MEV. *ad Ius Lubec. Lib. 1. art. 1. T. 2. n. 7.*

gemachten Erinnerungen ihren Aufenthalt verändern können. Allein, auch andere Personen, die zwar nicht in einer solchen Beziehung stehen, inzwischen gleichwohl nicht als blosse Forenses anzusehen sind, können nur sodann ihren Aufenthalt nach eigener Willkühr rechtsbeständig verändern, wenn sie nach vorgängiger Begebung ihrer bisherigen Verbindung, sich zu dem verfassungsmässig zu bezahlenden Abzugsgelde erbieten, und solches demnächst würklich abführen [d]). Unter solchen Umständen und wenn letzteres gehörig entrichtet worden ist, sind ohne zu gegründeten Beschwerden Anlaß zu geben, die unter gerichtlichem Siegel verlangten Zeugnisse der Geburt und Lebensart, des getriebenem Gewerbes und des rechtmässiger Weise veranstalteten Abzugs den Wegziehenden nicht füglich vorzuenthalten. Es sind inzwischen Fälle möglich, da entweder der Wegzug an und für sich selbst, oder wenigstens die Art und Weise, wie er geschiehet, ein eigentliches und wahres Verbrechen ausmachen. Dahin gehören besonders, wenn Leibeigene, oder andere dienstpflichtige Leute, sich durch den veranstalteten Wegzug von ihrer Unterwürfigkeit, oder Dienstpflicht zu befreyen suchen; wenn ein Wegziehender mit Schulden behaftet ist und seinen Gläubigern keine Befriedigung leisten kann [e]); wenn einer durch die vorhabende Veränderung sich anderen Obliegenheiten

d) SAM. STRYCK *de resignat. Iur. ciuitat. c.* 5. §. 7.

e) *L.* 34. *ad municip.*

heiten ungebührlicher Weise zu entziehen gedenket [f]). Das Wegziehen freyer Leute pfleget auch zu solchen Zeiten, da in einem Staat Aufruhr und Tumult herrschen [g]), wie auch bey ansteckenden Krankheiten und Sterbensläuften, besonders in Absicht auf die Aerzte und Geistlichen [h]), als unstatthaft angesehen zu werden. Die Art und Weise macht den veranstalteten Wegzug, wenn er an und für sich betrachtet erlaubt ist, zuweilen zu einem Verbrechen. Dahin gehöret besonders, wenn die Wegziehenden das gewöhnliche Abzugsgeld, oder den sogenannten Zehenden nicht entrichten. Ob es zwar die Pflicht einer jeden Obrigkeit ist, wegen der Bezahlung des Abzugsgeldes alle nöthige Vorsorge zu hegen, und allenfals durch eine Beschlag-Verfügung auf die Güther derjenigen, die wegzuziehen willens sind, jene werkthätig zu zeigen [i]), so hat doch eine nachgeordnete Obrigkeit, in Ermangelung besonderer Privilegien, an den Gelde selbst, bekannten Rechten nach, nicht den mindesten Antheil, vielmehr gebühret solches lediglich dem Landesherrlichen Fisco [k]), wenn gleich die Obrigkeit eine völlig uneinge-

f) HARPRECHT *Diss. de aer. alien. ciuitat. a ciu. nouell. et migrant. soluend.*

g) HILDEBRAND *Diss. de intempestiu. ciu. discess. cohibend. Alt. 1716. §. 4.*

h) BERLICH *P. 4. Concl. 9.* ENGELBRECHT *de peste et iurib. circa tempest.*

i) HILDEBRAND *c. l. §. 9.*

k) SCHORCH *in Respons. et sentent. select. Tom. 1. Obs. 225.*

eingeschränkte Gerichtsbarkeit haben, oder gar mit dem völligen Gebrauch des Lübeckschen Rechts [l]) beliehen wäre [m]). Es sind inzwischen Rechtslehrer, die in Absicht auf die von einem Gehöfte abziehenden freyen Leute hierunter eine Einschränkung gemacht, und der Guthsherrschaft sodann das Abzugsgeld zugestanden wissen wollen [n]).

Eine verehlichte Frauensperson, die sich eigenmächtig einen von ihrem Ehemann verschiedenen Aufenthalt erwählet, begehet ein Verbrechen, weil sie, kundbaren Rechten nach, ihren Aufenthalt nicht nach eigenem Gutbefinden wählen darf, vielmehr verbunden ist, ihren Ehemann zu folgen, wenn derselbe seinen bisherigen Aufenthalt verändern sollte [o]), zumahl, wenn er nicht wegen eines

infami-

l) Die Bewidmung mit dem Lübeckschen Recht geschiehet bekanntlich nur zur Ergänzung des gemeinen bürgerlichen Privatrechts, keinesweges aber mag darauf die Ausübung dieser oder jener Regale, die der Stadt Lübeck vermöge der Reichsstandschaft zustehen, gebauet werden. ENGELBRECHT *de eo quod superioritat. territorial. est in Iur. Lubec. Gryphisw. 1742.*

m) Der verdiente Herr Dohmprobst Dreyer in den rechtl. Bedenken, ob die mit dem Lübeckschen Recht bewidmete Städte sich des Rechts erblose Güther ihrer verstorbenen Bürger zu sich zu nehmen, zu erfreuen haben. Der berühmte Herr geheime Justitzrath BOEHMER *de Iur. fisci ciuitat. meditat. vi concess. Iur. Lubec. non competent. Eiusd. electa iuris ciuilis Tom. II. n. 10. pag. 501.*

n) ENGELBRECHT *Select. Obs. forens. Obs. 135.*

o) *L. 5. D. de R. N. L. 65. de Iudic. L. 38. §. 3. ad municip.*

infamirenden Verbrechens des Landes verwiesen worden wäre. Ein Vergleich zweener Ehegatten, mittelst dessen sie sich eigenmächtig von einander trennen, und an unterschiedenen Oertern wohnen zu wollen festsetzen, ist an und für sich ungültig, und es pfleget ihnen, unter Zuerkennung einer nahmhaften Geldbusse, bey Vermeidung härterer Ahndung, dergleichen Trennung in Zukunft verboten zu werden [p]). Wenn gleich wegen der Flucht, die jemand, um der Strafe eines begangenen Verbrechens zu entgehen, ergriffen, in soferne er nicht während derselben neue Verbrechen begangen hätte, die des Verbrechens wegen an und für sich verwirkte Strafe nicht geschärfet zu werden pfleget; so bleibet gleichwohl eine solche Flucht allemahl unerlaubt, und es kann um deswillen in eigentlichen peinlichen Fällen mit Erlassung der Steckbriefe, Aufzeichnung der Güther und öffentlicher Ladung, bewandten Umständen nach, verfahren, in geringen Strafsachen aber in contumaciam erkannt werden [q]).

Die Veränderung des Aufenthalts macht weiter ein Verbrechen aus, wenn sie wider Willen der Eltern, Vormünder, Curatoren, Lehrherren und anderer, deren Gewalt man unterworfen ist, geschicht. In einem solchen Fall kann nicht

*municip.* STRVV. *Syntagm. Iur. ciu. Ex.* 9. §. 28. SCHORCH *c. l. Resp.* 53. *n.* 19.

*p)* Herr Hofrath Eisenhart in den Erzählungen besonderer Rechtshändel im 9ten Theil *n.* 13.

*q)* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 194. 824. und 844.

nicht allein derjenige, der sich eigenmächtiger Weise von denen, deren Gewalt er unterworfen ist, getrennet hat, durch dienliche Zwangsmittel zur Rückkehr angehalten, sondern auch, dem Befinden nach, mit der Verurtheilung zum Gefängniß, oder gar zu den öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre bestrafet werden.

Dann aber ist die Veränderung des Aufenthalts nicht als ein Verbrechen anzusehen, wenn sie, entweder der Geschäfte halben, auf eine gewisse Zeit und zugleich auf rechtmässige Art, oder wohl gar der Religion und des Gewissens wegen, geschicht. Der Westphälische Friedensschluß [r]) erlaubet insbesondere denen, die eine in dem sogenannten Entscheidungs-Jahre 1624. ihren Vorfahren an dem Ort zuständig gewesene Religions-Uebung nicht beweisen können, sodann, wenn man ihnen auch die ruhige Ausübung einer Privatandacht nicht einmal ferner gestatten will, ihren Aufenthalt nach Bezahlung des gewöhnlichen Abzugsgeldes, das aber zu ihrem Nachtheil keine Erhöhung zuläßt [s]), nicht allein für ihre Person, sondern auch mit ihrer Familie und ihrem Vermögen, zu verändern. Eben dies gilt auch von Leibeigenen, welche von ihren Herren, im Fall ihr vorhabender Wegzug lediglich und allein die Gewissensfreyheit zum Grunde hat, nicht daran

r) Art. *V.* §. 34. 36. 37.

s) FLEISCHER *de Iur. reformand. et emigrand.* §. 49.

an verhindert werden können; doch müssen sie bereit und willig seyn, ausser dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Lösegeld für die Erhaltung ihrer Freyheit zu bezahlen [t]).

Unter den angeführten Einschränkungen, unter welchen die Veränderung des Aufenthalts ein Verbrechen ausmacht, findet deshalb nicht allein eine verhältnißmässige Bestrafung statt, sondern es kann auch der Beleidigte überdieß auf eine angemessene Genugthuung antragen. Um einer ungebührlichen Veränderung des Aufenthalts vorzubeugen, kann eine jede Obrigkeit die wirksamsten Vorkehrungen treffen [u]), insbesondere aber durch Beschlaglegung auf die Güther, Versagung der Geleits- und Dimissorial-Briefe, durch Schreiben an die Obrigkeit, wo die Wegziehenden das Bürgerrecht suchen, und allenfals gar durch Gefängniß und Verstrickung, die Absicht zu vereiteln suchen [x]). Leibeigene, die boßhafter Weise austreten, können nicht allein aller Orten, wo man

t) *Pax Religiosa de 1555. §. 24. I. P. O. art. V. §. 37.* Meine *Principia Iurisprudent. eccl. Germ. §. 50. 51.*

u) *L. 2. de R. I. L. 11. C. de SS. eccles. L. 21. C. de curs. publ. L. 17. C. de primipil. L. 1. C. vt. nem. lic. emt. Auth. quae habuerunt. C. commun. legat. R. I. de 1529. §. 10.* von *1555. §. 23.* HILDEBRAND *c. l. §. 9.*

x) *Arg. L. 13. §. 1. de iniur. L. 29. §. 7. ad L. Aquil.* R. A. von 1495. §. und so viel die ungleiche ꝛc. GAIL *de arrest. imper. c. 8. n. 13. seqq.* MEV. *ad Ius Lubec. Lib. 1. Tit. 2. art. 2. n. 80.* KNIPSCHILD *de ciuitat. imper. Lib. 2. cap. 20. n. 51.*

man sie antrift, in Ansprache genommen [y]) und nach hiesigen Landesrechten sogar noch binnen dreyssig Jahren zurückgefodert werden [z]), sondern sie werden auch mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre bestrafet. Diejenigen welche die Flucht der Leibeigenen befördern und dazu auf irgend einige Weise behülflich sind, müssen nicht allein allen verursachten Schaden ersetzen, sondern werden auch, vorkommenden Umständen nach, sogar als Plagiarii angesehen und bestrafet [aa]). Bey den Römern konnten die Serui fugitiui zwar aller Orten, wo man sie antraf, angehalten werden; danächst aber waren sie dem praefecto vigilum, oder der zuständigen Obrigkeit zur Bestrafung sofort zu übergeben [bb]). Nach dem älteren Römischen Recht sollen die Ueberläufer am Leben [cc]), eigentliche Serui fugitiui aber, besonders, wann sie sich zu den Barbaren wandten, mit der Abhauung des Fusses, oder mit der Verurtheilung zu den Metallen [dd]), und, nach dem neueren Römischen

 Recht,

y) *L. 4. C. de seru. fugitiu.* R. A. von 1529. v. desgleichen soll keiner 2c. SCHILTER *Ex. 21. §. 19.* LEYSER *Spec. 125. n. 4.* Mevius vom Zustand und Abforderung der Bauersleute.

z) *Select. Iurid. Rostochiens. Fascic. 1. Spec. 3. q. 6.*

aa) *de* CRAMER *Tom. 1. Obs. 54.*

bb) *L. 1. §. 3. 6. 7. 8. D. fugitiu.*

cc) *L. 38. §. 1. de poen.* v. Transfugae ad hostes, vel consiliorum renuntiatores, aut viui exuruntur, aut furca suspenduntur.

dd) *L. 3. C. de Seru. fugitiu.* v. Si fugitiui serui depre-

Recht, mit der Abhauung der Hand, oder sonst anderweitig, bestrafet werden [ee]), aber die Strafe solcher seruorum fugitiuorum, die nicht zu den Barbaren übergehen, ist in dem Römischen Recht nicht deutlich bestimmet, sondern nur überhaupt verordnet, daß sie ihrem Herrn wieder zurückgegeben und desto nachdrücklicher bestrafet werden sollen, wenn sie sich wohl gar als freye Menschen betragen hätten [ff]). Diejenigen, welche entlaufene Knechte ihrem rechtmässigen Herrn vorenthalten und sie verheimlichen, will das Römische Recht als Diebe bestrafet wissen [gg]).

**Nach Mecklenburgischen Rechten** können dienstpflichtige Unterthanen nicht allein aller Orten verfolget werden, sondern es ist auch eines jeden Orts Obrigkeit dahin angewiesen, zu ihrer Habhaftwerdung auf geziemende Anzeige allen erfoderlichen Beystand zu leisten. Werden sie würklich zur Haft gebracht, so sind sie, bewandten

prehendantur ad Barbaros transeuntes: pede amputato debilitentur, aut metallo dentur, aut qualibet alia poena afficiantur.

ee) *Nouella 134. cap. 13. Auth. sed nouo Iure C. de seru. fugitiu.* v. Sed nouo Iure si criminis qualitas membri abscissionem exigat, vna sola manus abscindetur.

ff) *L. 2. D. de fugitiu.* v. fugitiui simplices dominis reddendi sunt: sed, si pro libero se gesserint grauius coerceri solent.

gg) *L. 1. pr. D. de fugitiu.* v. Is, qui fugitiuum celauit, fur est.

ten Umständen nach, mit dem Vestungsbau, oder Zuchthause zu bestrafen [hh]).

So wenig Dienstbothen, die nicht Leibeigen sind und aus rechtmässigen Ursachen, wohin auch die Ehe gehöret [ii]), ihre Dienstzeit nicht vollenden können, eine Verkürzung an ihrem verdienten Lohn wiederfahren kann [kk]), so sehr sind diejenigen, die ohne rechtmässigen Grund ihre Dienstzeit nicht vollenden, nicht allein, bewandten Umständen nach, mit Gefängniß, oder sonst verhältnißmässtig, zu bestrafen, sondern auch überdieß zur Ersetzung des Interesse, oder der dadurch ihrer Herrschaft verursachten Schäden, anzuhalten [ll]). Verschiedene Rechtslehrer [mm]) behaupten zwar, vermöge Sächsischer Rechte [nn]),

 daß

hh) Die Mecklenburgsche Gesinde-Ordnung *Tit.* 2. und die Landes-Constitutionen von 1696. und vom 2ten Aug. 1760., wie auch die vom 21sten Junii 1763.

ii) *Arg. c. 3. X. de locat.* LEYSER *Spec. 125. Coroll. 1.*

kk) CARPZOV. *P. 2. Const.* 52. *Def. 11. 12.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 10. Th. 6. n. 3.*

ll) *Arg. L. 23. D. locati conducti.* MÜLLER *ad* STRVV *Ex. 15. Th. 52.* Einige Rechtslehrer wollen sogar, daß bey einem zur Zeit der Entweichung vermerkten Diebstahl wider den Dienstbothen, der seine Dienstzeit nicht vollendet, ein indicium furti commissi erwachse, und deshalb die Tortur statt haben könne, wenn anders das corpus delicti vorher in genugsame Richtigkeit und Gewißheit gesetzet worden. LEYSER *c. l. Coroll. 3.*

mm) CARPZOV. *c. l. Def. 13.*

nn) Sächsisches Landrecht *Tit.* von den ungehorsamen Dienstbothen.

daß ein solcher Dienstbothe [oo]), sein ganzes etwa rückständiges Lohn einbüssen solle [pp]); andere hingegen wollen, daß er nur eines halben Jahres Lohn, statt einer Schadensersetzung zu bezahlen habe? Wie nun hiemit die ausdrückliche Vorschrift des Lübeckschen Rechts [qq]) übereinstimmet, so pfleget auch an den Oertern, wo letzteres nicht angenommen ist, der Gerichtsbrauch damit übereinzustimmen [rr]). Eben dieselbe Strafe findet nach dem Gerichtsbrauch auch in Ansehung solcher Dienstbothen statt, die sich ohne hinlängliche Ursache weigern, den Dienst, wozu sie sich vermiethet hatten, anzutreten. Die angezogenen Mecklenburgischen Landes-Constitutionen [ss]) wollen noch besonders, daß diejenigen Leute, die zwar nicht Leibeigen sind, inzwischen doch in eines andern Lohn und Brodt stehen, wann sie ihre Dienstzeit unbefugter Weise nicht vollenden, mit einem

oo) Für eine solche rechtmäßige Ursache ist inzwischen diejenige nicht anzusehen, wenn ein Herr seinen Dienstbothen bloß im Affect befiehlet, wegzugehen und niemahl wieder zu kommen. LEYSER *Spec.* *125. n. 3.*

pp) Ein gleiches verordnen in Mecklenburg die Policey-Ordnung von 1572. Tit. 40. §. 3. Die Gesinde-Ordnungen von 1646. und 1654. *Tit. 3. §. 2.*

qq) Lübecksches Stadtrecht B. 3. *Tit. 8.* Art. 6. MEV. *in Comm. ad Ius Lubec. dict. loc.*

rr) CARMON *Diss. de retent. mercedis famuli domino permissa c. 5. n. 12. seqq.*

ss) Die angezogenen Landes-Constitutionen von den Jahren 1760. und 1763.

einem Gefängniß bey Wasser und Brodt auf acht Tage bis vier Wochen; die Aufwiegler und Verführer des Gesindes aber mit Vestungsbau und Zuchthaus, auch, nach Befinden noch härter bestrafet werden sollen.

Wenn gleich die im Römischen Recht gegründete actio de Seruo corrupto, nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, heutiges Tages nicht füglich in Anwendung kommt [tt]), so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß aller Orten wider die Aufwiegler und Verführer des Gesindes [uu]) von Amtswegen verfahren werden könne, dem Beleidigten aber freystehe, wegen seines Interesse und Schadens an der Untersuchung Theil zu nehmen, und deshalb zweckdienliche Anträge zu machen [xx]), damit die Urthel sowohl die Bestrafung, als die dem Dienstherrn zuständige Schadensersetzung, bestimmen könne [yy]).

tt) SCHILTER *Ex. 21. §. 17.*

uu) Für solche Aufwiegler sind inzwischen diejenigen in keine Wege zu halten, die eines andern Dienstbothen dahin zu bringen suchen, daß sie nach geendigter Dienstzeit bey ihnen in Dienst treten. LEYSER *Spec. 24. n. 8.*

xx) BECKER *Diss. de tertia specie processs. mixti seu denuntiator. eiusque indole et different. a processu tam ciuili, quam criminali. Rost. 1759.* LEYSER *c. l. Coroll. 1.*

yy) *Arg.* Art. 207. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art. 207. CC.* Der berühmte Herr Hofrath Meister in den rechtlichen Erkenntnissen in peinlichen Fällen im 2ten Theil *Dec. 51.*

# VI.

## Ob die Unterlassung des Widerspruchs bey der Veräusserung eines unterpfändlich verschriebenen Grundstücks für eine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts angesehen werden könne, und alle fernere Ansprache des Gläubigers zernichte?

Da es den Gesetzen nach keinem Zweifel unterworfen ist, daß ein an diesem, oder jenem Grundstück einmahl rechtmässig erworbenes Pfandrecht cum onere hypothecae auf einen jeden Besitzer, oder Inhaber gehe [a]), und ein Gläubiger solchergestalt versichert seyn könne, daß selbiges, der geschehenen Veräusserung des Grundstückes ohngeachtet, fortdaure; so schadet es jenem eben so wenig, als daraus eine Begebung des zuständigen Pfandrechts gefolgert werden kann, wenn er etwa die vorhabende Veräusserung gewußt [b]), und gleichwohl derselben, ehe sie würklich im Werk gesetzet worden, nicht widersprochen

a) *L. 16. de pignor et hyp.* PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 131. §. 1.*

b) *L. 8. §. 15. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. v.* non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat, vbique pignus sibi durare.

sprochen hat [c]). Denn, obzwar zuweilen das Stillschweigen eine würkliche Einwilligung zu erkennen giebet [d]); zumahl, wenn entweder Gesetze, oder besondere obrigkeitliche Verordnungen mit dem Stillschweigen das angeführte Präjudicium verbinden, und solchergestalt den Widerspruch unumgänglich erfodern [e]); so ist doch von demjenigen, der von dem Ausgang eines gewissen Geschäfts Schaden, oder Nachtheil zu befahren hat, der Regel nach nicht zu vermuthen, daß seine Absicht dahin gegangen sey, aus seiner Unterlassung des Widerspruchs sogar eine Einwilligung gefolgert wissen zu wollen [f]). Es ist vielmehr, unter den angeführten Umständen, das gerade Gegentheil zu vermuthen, und zwar ohne Unterscheid, ob der zu befürchtende Schade groß, oder geringe? auch ob derjenige, den die Sache, oder das Geschäft eigentlich und unmittelbar betrift, gegenwärtig, oder abwesend sey? Da überdieß ein Gläubiger die Veräusserung des ihm



c) Der berühmte Hallische Rechtslehrer, Herr Professor Westphal in dem Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrecht Cap. 9. §. 235. n. 264.

d) *c. 43. de Reg. Iur. in 6.*

e) *L. 10. §. 11. de interrogat. in Iur. fac. L. 13. §. 11. locati conducti L. 16. ad SCtum Macedonian. L. 7. §. 1. de sponsal. c. 2. de confess. in 6. L. 4. §. 3. ad municip.*

f) *L. 8. §. 2. de legat. 2. L. 8. §. 15. quib. mod. pign. vel hyp. solu. c. 44. de R. I. in 6.* CRAMER *Tom. 3. Obs. 940.* HOMMEL *Rhapsod. Quaest. Obs. 411.*

zum Unterpfande gesetzten Grundstücks durch seinen etwanigen Widerspruch nicht verhindern kann [g]), zumahl ihm dadurch an seinen Zuständnissen kein Nachtheil zuwächset, so ist daher auch um so weniger aus seinem Stillschweigen eine Begebung des habenden Pfandrechts zu folgern [h]). Denn, wenn gleich in den Rechten versehen ist, daß ein solcher, der da weiß, daß ein anderer die ihm zugehörige Sache ohne seine Einwilligung und Genehmigung verpfändet habe, und gleichwohl dolo et fraude dem Gläubiger davon keine Nachricht gegeben hat, die geschehene Verpfändung nachhin nicht weiter anfechten könne, vielmehr dieselbe bey völliger Kraft und Wirkung bleiben müsse [i]), so kann gleichwohl dieser Umstand wider meine bisher angeführten Grundsätze in keine Wege die Stelle eines gegründeten Einwurfs vertreten, indem die Gesetze einem Gläubiger ausdrücklich die Befugniß ertheilen, bey der Veräusserung des ihm unterpfändlich verhafteten Grundstücks, in Ermangelung einer rechtlich geschehenen Aufforderung, sich ruhig verhalten zu können.

Es

g) CARPZOV. P. 2. *Const.* 24. *Def.* 8. LEYSER *Spec.* 235. *n.* 7. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 5. *Th.* 17. *n.* 5.

h) L. 8. C. *de nouat.* L. 142. *de R. I.* §. 3. *Inst. quib. mod. toll. obl.* LEYSER *Spec.* 235. *n.* 5.

i) L. 2. C. *si alien. res pignori data sit.* v. si probaueris praesidi praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

Es sind inzwischen verschiedene Fälle, in welchen die bey der Veräusserung des unterpfändlich verschriebenen Grundstückes unterlassene Anregung des zuständigen Pfandrechts für einen Gläubiger nachtheilige Folgen hat, und in welchen daher auf eine stillschweigende Begebung des Pfandrechtes der Regel nach rechtlich geschlossen werden kann. Hieher gehöret besonders, wenn der Gläubiger zu der Veräusserung, ohne sich wegen seiner Zuständnisse im mindesten zu verwahren, entweder vor, oder nach der Uebergabe, seine Einwilligung gegeben [k]), oder wenigstens den Kaufcontract, worin das zum Unterpfande gesetzte Grundstück an einen andern zum Eigenthum überlassen worden, unterschrieben [l]), und letzteres besonders nicht sowohl in dem Zustand eines erbetenen Zeugen, als vielmehr in dem Zustand eines eigentlichen Pfandgläubigers gethan hat [m]). Ist nun schon sogar eine jede Einwilligung des Gläubi-

k) *L. 7. pr. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* v. si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca *L. 2. C. de remiss. pign.* si probaueris te fundum mercatum possessionemque eius tibi traditam, si sciente et consentiente eaque sibi cum a venditore obligatum dicit: exceptione eam remouebis. Nam obligatio pignoris consensu contrahitur et dissoluitur. *L. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* LEYSER *Spec. 235. n. 5.*

l) *L. 8. §. 15. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* v. Sed, si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, deceptum esse, quod obseruari oportet, si sine scriptis consenserit.

m) BROCKES *select. Obs. forens. Obs. 6. §. 43.*

Gläubigers zu der Veräusserung des ihm zum Unterpfande gesetzten Grundstücks, wenn solche nämlich ohne allen Vorbehalt und Verwahrung geschehen, für eine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts anzusehen; so verstehet es sich gewissermassen von selbst, wie es denn auch ausgemachten Rechtens ist [n]), daß derjenige Gläubiger, der sich in dem zur Liquidation der sämtlichen aufs Grundstück haftenden hypothecarischen Schulden angesetzten Termin nicht gemeldet hat, nach erfolgtem und rechtskräftig gewordenen Präclusiv-Abschiede nicht weiter zu hören sey [o]), es wäre dann, daß er aus scheinbaren Ursachen sich mit der Unwissenheit entschuldigen und mittelst Anführung erheblicher Gründe behaupten könnte, daß er von der ergangenen öffentlichen Ladung so wenig etwas würklich habe in Erfahrung gebracht, als in Erfahrung bringen können; auch der Schuldner so wenig, als der gegenwärtige Inhaber des unterpfändlich verschriebenen Grundstückes, das Gegentheil beweisen könnte; da denn freylich unter solchen Umständen die ergangene öffentliche Ladung, und die unterlassene Meldung einem solchen Gläubiger an seinen zuständigen hypothecarischen Rechten in alle Wege unnachtheilig bleiben müßte [p]). Eben dasselbe,

n) *L. 6.* und *8. C. de remiss. pign.*

o) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 134. ENGAV *P. 2. Dec. 158. n. 4.*

p) *L. 6. C. de remiss. pign.* v. si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate ad moniti cre-

selbe, was von einer öffentlichen Ladung gilt, und der Satz, daß die auf ein Grundstück haftenden Pfandrechte sodann erlöschen, wenn ein Gläubiger in dem angesetzten Termin, da er gleichwohl gekonnt hätte, sich damit nicht gemeldet, ist besonders auch auf den Fall anzuwenden, wenn ein solches Grundstück, worauf hypothecarische Schulden haften, ohne alle Anregung der Gläubiger in einem öffentlichen Ausgeboth verkaufet [q]), auch sogar der Kauf-Schilling bereits bezahlet worden [r]). Ausser den bisher angeführten Einschränkungen stehet einem Gläubiger, der bloß das an einem Grundstück ihm besonders gebührende Pfandrecht verfolget, seine Wissenschaft, die er zu rechter Zeit von der geschehen sollenden Veräusserung gehabt hat, nicht entgegen, wenn er gegen den jetzigen Besitzer desselben hypothecarisch klaget. Der letztere kann sich gegen eine solche Anstellung sodann nur mit der bereits vollendeten Verjährung schützen [s]), keineswegs aber in obrigkeitlicher, oder gar landesherrlicher Bestätigung

creditores, cum praesentes essent, Ius suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse. PVFENDORF *Tom. 1. Obs. 131. §. 2. 3. 4.*

q) *L. 8. C. de remiss. pign.* v. Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium, palam est etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant. Nam et fiscalis hastae fides facile conuelli non debet.

r) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 5. Th. 16. n. 3.*

s) *L. 1. C. si adu. credit.*

tigung seines Kaufcontracts, oder in seinem bisher gedauerten ruhigen und ungestöhrten Besitz eine Schutzwehre finden [t]).

So unbestritten und allgemein nun zwar der Grundsatz ist, daß es einem Gläubiger an der Verfolgung seines Pfandrechts wenigstens der Regel nach, nicht nachtheilig seyn könne, daß er die Veräusserung des ihm unterpfändlich verhafteten Grundstücks, ohne Widerspruch einzulegen, habe geschehen lassen, so zweifelhaft ist gegentheils die Beantwortung der Frage: Ob ein Gläubiger diejenigen Sachen, die bloß zu seiner allgemeinen Hypothek gehören, zumahl, wenn solche vielleicht wohl gar bewegliche Dinge wären, nach geschehener Veräusserung noch als solche, die ihm unterpfändlich verhaftet sind, ansehen, und bey einem jeden Besitzer, bey dem sie sich annoch würklich befinden, in Ansprache nehmen könne? Einige Rechtslehrer [u]) verneinen diese Frage ohne Einschränkung, andere aber [x]) bejahen sie der Regel nach [y]), und wenigstens sodann, wann der Haupt-

t) Die lesenswürdigen gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfälle von den berühmten Verfassern der neuesten juristischen Litteratur. Zwoter Band *n.* 5.

u) MEV. *P. 7. Dec. 195. n. 5.* HOMMEL *Rhapsod. Quaest. Obs. 327.*

x) CARPZOV. *P. 2. Const. 23. Def. 12.* FABER *ad Cod. Lib. 8. T. 6. Def. 21. n. 3.*

y) *L. 26. §. 2. de pign. et hyp.* v. Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligauit, heredes eius praediis inter se diuisis illis mancipiis

Haupt-Schuldner zuvor ausgeklaget worden [z]), und überdieß diejenigen beweglichen Sachen, die erweislich mit unter der allgemeinen Hypothek begriffen gewesen, annoch in natura würklich vorhanden sind. Diese letzteren Rechtslehrer wollen nur lediglich in Absicht der Kraamwaaren und anderer Sachen von geringem Werth, die entweder bey Lebzeiten des Schuldners, oder wenigstens vor ausgebrochenen Concurs, einzeln verkaufet worden [aa]), eine Einschränkung gemacht wissen

mancipiis defunctis alia substituerunt. Creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis emptor vindicare recte possit; Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse. *L. 12. C. de distract. pign.* v. si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem. *L. 15. C. de pignor.* v. debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Vnde si tibi obligatam rem posse confidis, pignora persequi debes.

z) *Nouella 4. cap. 2.*

aa) *L. 34. pr. de pignor.* Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, vtrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparauerit easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae.

sen [bb]). Denn, in soferne die Waaren nicht einzeln, sondern vielmehr bey ganzen Quantitäten veräussert seyn sollten, oder wohl gar der ganze Kraamladen mit einmahl verkaufet worden wäre, oder auch von solchen Waaren, die bey dem Tode des Erblassers noch vorräthig gewesen sind, die Rede seyn mögte, will man, daß die Gläubiger das ihnen daran zuständige Pfandrecht, wenn solches gleich nur in einer allgemeinen Hypothek gegründet wäre, verfolgen, und bey einem jeden Besitzer, oder Inhaber geltend machen können. Ob nun zwar diese Sätze, sintemahl sie den Gesetzen gemäß sind, und durch den Gerichtsbrauch bestättiget werden [cc]), keinem erheblichen Zweifel unterworfen sind, so entstehet gleichwohl noch besonders die Frage: Ob die oben angeführten Gesetze, nach welchen einem Gläubiger seine gehabte Wissenschaft von der Veräusserung des ihm insbesondere zum Unterpfande verschriebenen Grundstücks bey dem Mangel einer erklärten ausdrücklichen Einwilligung, an seinen zuständigen Rechten keinen Nachtheil verursache, auch sodann in Anwendung kommen können, wenn nicht sowohl das einem andern nahmentlich und besonders verpfändete Grundstück, als vielmehr lediglich eine gewisse Sache, die mit zu der verschriebenen allgemeinen

tae. Respondit ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inuenta sunt, pignori obligata esse videntur *add. L. 6. de pignor.*

bb) CARPZOV. *c. l. Def. 13. Negusant. de pignor. membr. 2.* LEYSER *Spec. 224. n. 6.*

cc) CARPZOV. und HOMMEL *c. c. l. l.*

gemeinen Hypothek gehöret hat, veräussert seyn sollte? Da nun die Gesetze einen solchen Fall nicht bestimmt entscheiden; vielmehr diejenigen gesetzlichen Vorschriften, nach welchen die gehabte Wissenschaft von der vorhabenden Veräusserung dem Gläubiger nicht nachtheilig seyn soll, allem Ansehen nach nur von der Uebergabe des Eigenthums in Ansehung solcher Grundstücke und Sachen, die einem besonders zum Unterpfande gesetzet worden, zu erklären sind; so kann auch, meinem wenigen Ermessen nach, derjenige Gläubiger, welcher die Veräusserung dieser, oder jener zu seiner allgemeinen Hypothek gehörigen Sachen, ob er gleich davon zu rechter Zeit genugsame Wissenschaft gehabt hatte, ohne Einlegung eines Widerspruchs geruhig geschehen lassen, solche Sachen nun nicht ferner als diejenigen, die ihm unterpfändlich mit verhaftet sind, ansehen, oder verfolgen, es wäre dann, daß derselbe vor geschehener Veräusserung sich darüber besonders erkläret hätte, wie er aus dieser, oder jener Sache, die beweislich zu seiner allgemeinen Hypothek gehöret, seine Bezahlung oder Befriedigung allein wahrnehmen wolle [dd]). Es ist inzwischen eine solche Erklärung billig für geschehen anzunehmen, wenn ein Gläubiger sich in dem Termin, welcher zur Liquidation der auf ein gewisses Grundstück haftenden hypothecarischen Schulden angesetzet war, gemeldet, und sich als einen hypothecarischen Gläu-

dd) MEV. P. 7. Dec. 107.

Gläubiger, dem jenes wenigstens im Allgemeinen mit verpfändet war, angegeben hat. Da nun bekanntermassen bey der Veräusserung unbeweglicher Sachen öffentliche Proclamata gewöhnlich erlassen werden [ee]); so kann es auch einem Gläubiger an seinem Rechte nicht schaden, daß er vielleicht nicht sofort bey Schliessung des Contracts widersprochen, sondern allererst die Erlassung öffentlicher Ladung abgewartet habe. Ausser diesem Fall aber, und wenn nicht sowohl von Grundstücken, als vielmehr von beweglichen Sachen, die Rede seyn sollte, behält es der Regel nach dabey das Bewenden, daß ein Gläubiger dieselben aus dem Grunde, weil sie ihm im allgemeinen mit verpfändet worden, nach würklich erfolgter Veräusserung und Zuschlagung nicht ferner in Anspruche nehmen könne [ff]), wenn anders seine davon zu rechter Zeit gehabte Wissenschaft rechtlicher Art nach zu beweisen stehet. Da inzwischen die angebliche vorgängige Wissenschaft von der vorgehabten Uebertragung des Eigenthums auf einen andern eine Thatsache ist, die von demjenigen, der sich darauf zur Begründung seiner Absicht berufet, bewiesen werden muß, so verstehet es sich von selbst, daß der Schuldner, oder Inhaber der zu eines andern allgemeinen Hypothek gehörigen Sache des letzteren vor der Veräusserung gehabte Wissenschaft im Läugnungsfall beweisen

ee) MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illustrat. Cent. 5. Iud. 5.*

ff) MEV. *P. 7. Dec. 195. n. 5.*

weisen müsse. Wie nun jener, in Ermangelung anderer Beweisthümer, sich der Eydesdelation bedienen kann, so ist auch im übrigen die vor geschehener Veräusserung würklich gehabte Wissenschaft billig für hinreichend bewiesen anzunehmen, wenn entweder eine öffentliche Ladung ergangen, und der Gläubiger, ob er gleich gegenwärtig gewesen, sich nicht gemeldet hat [gg]), oder auch die Veräusserung, entweder in einem öffentlichen Aufgeboth, oder wenigstens dergestalt geschehen wäre, daß sie nicht füglich einem solchen, der gegenwärtig gewesen ist, verborgen bleiben können [hh]).

gg) *L. 6.* und *8. C. de remiss. pign.*

hh) *L. 8. C. de remiss. pign.* BERGER *c. l.*

# VII.

## Ob derjenige, der ohne sein Verschulden verwundet, oder geschlagen worden, unter dem Nahmen des Schmerzgeldes eine Vergütung zu fodern berechtiget sey?

Es gehöret freylich zu den durch ausdrückliche Gesetze entschiedenen Rechtswahrheiten, daß ein solcher, der ohne alle gegebene Veranlassung geschlagen, oder verwundet worden, berechtiget sey, von demjenigen, der ihn geschlagen, oder verwundet hat, nicht allein die Wiedererstattung derjenigen Kosten, die seine Heilung, Wartung und Verpflegung erfodert hat, zu begehren, sondern auch insbesondere auf eine Schadloshaltung wegen des durch die geschehene Verwundung versäumten Verdienstes, und wegen der Unfähigkeit, künftig sich den Unterhalt auf gewöhnliche Art zu verschaffen, anzutragen [a]). Allein, so ausgemacht und unbestritten auch diese Sätze sind, so wenig scheinet es doch dem ersten Anschein nach, den Rechten und der Billigkeit gemäß zu seyn, daß

a) L. 3. D. *si quadrupes pauper. fecisſ. dicatur* §. 10. *Inst. ad L. Aquil.* §. 1. *Inst. de obl. quae ex delict.* L. *un.* C. *de sentent. quae pro eo quod interest profer.* L. *fin.* D. *de his qui effud. vel deiec.* LEYSER *Spec.* 112. *n.* 3. CARPZOV. *Pr. rer. crim. q.* 99. *n.* 21. Herr Hofrath Eisenhart in dem 9ten Theil der Rechtshändel *n.* 10.

daß auch der ohne seine Schuld Verwundete, zumahl, wenn er die beschriebene Art der Genugthuung erhalten hat, noch überdieß eine Vergütung unter dem Titel des Schmerzgeldes begehren könne. Denn, wenn gleich einem Verwundeten nach altem Sächsischen Recht frey stand, seine Lähmniß, oder Wunden in einen gewissen Anschlag zu bringen, und deshalb von seinem Beleidiger eine Vergütung zu begehren [b]), so gewinnet es gleichwohl das Ansehen, daß darauf heutiges Tages um so weniger Bezug genommen werden könne, als verschiedene Stellen im Römischen Recht der Bezahlung des Schmerzgeldes völlig zuwider zu seyn scheinen [c]). Denn, nach dem letzteren stehet es einem freyen Menschen, bey dem bekanntlich alle Aestimation wegfällt, nicht einmahl frey, seine durch die zugefügte Verwundung geschehene Verunstaltung, oder den Schaden, den er durch die zugefügten Narben erlitten hat, in Anrechnung zu bringen [d]).

 Diese

b) CARPZOV. *c. l. q. 99. n. 7.*

c) HOMMEL *de proaedria leg. peregrinar. prae Iur. patr. antiq. in for. Germanor.* CRAMER *de praesumt. contra Iura antiqua Germanorum.*

d) *L. vlt. de his qui effud. vel deiec.* v. cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumque quid erit, laesum fuerit, Iudex computat mercedes medicis praestitas, caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. *Cicatricium autem,*

Diese Vorschrift der Römischen Rechte scheinet auch um so mehr allen Beyfall zu verdienen, als es dem Ansehen nach schon an sich thöricht ist, seine Schmerzen auf einen gewissen Preis setzen, und dessen Bezahlung verlangen zu wollen. Allein, so scheinbar auch diese Zweifel dem ersten Ansehen nach sind, so gewiß ist es doch, daß der Gerichtsbrauch, in Beystimmung der alten deutschen Gewohnheiten, darauf gleichwohl vielen Betracht nehme [e]). Zu dessen Begründung pfleget man sich sowohl auf andere Stellen des Römischen Rechts [f]), als auch auf ausdrückliche Vorschriften der peinlichen Gerichts-Ordnung [g]), zu berufen [h]). Ob nun zwar die peinliche Gerichts-Ord-

*tem, aut deformitatis nulla sit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. L. 3. si quadrupes pauper. fecisse dicatur* v. Ex hac lege, iam non dubitatur, etiam liberarum personarum nomine agi posse; forte si patrem familias, aut filium familias vulnerauit quadrupes sc. vt non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum: et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus.

e) CARPZOV. *c. l. n. 43.* STRYCK *in Vsu Modern. Tit. de leg. Aquil. §. 10.* STRVV *in Iurispr. forens. Lib. 3. Tit. 23. §. 20.* VOET. *Comm. ad Pandect. Tit. ad L. Aquil. §. 11. de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 99. Obs. 1.*

f) §. 9. und 10. *Inst. de iniur.*

g) Art. 20. P. G. O.

h) Herr Hofrath Meister in den rechtlichen Erkennt-

Ordnung [i]) bey der Zulassung des Schmerzgeldes sich besonders auf einen solchen, der unschuldiger, oder ungebührlicher Weise gemartert worden, beziehet, so behaupten dennoch die angezogenen Rechtslehrer, daß wegen der Gleichheit des Grundes, auch einerley Regeln statt finden müssen, und daß folglich die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung von der Bezahlung des Schmerzgeldes auf einen jeden Fall, da jemand unschuldiger Weise geschlagen, oder verwundet worden, zu ziehen sey [k]). So wenig nun auch auf der einen Seite dieser Gerichtsbrauch erhebliche Einwürfe



kenntnissen in peinl. Fällen *Dec. 30. n. 22.* PUFENDORF *Tom. 4. Obs. 51.*

*i)* Art. 20. P. G. O. "Item wo nit zuvor redlich "Anzeygung der Mißthat, darnach man fragen "wolt, vorhanden, und beweißt würde, soll nie- "mants gefraget werden, nun ob auch gleichwol, "aus der Marter die Mißthat bekannt würde, so "soll doch der nit geglaubt, noch jemandts darauff "verurtheylt werden. Wo auch eynige Oberkeyt "oder Richter ein sollichen überfürn, sollen die, dem "so also wider Recht, ohn die bewisen Anzeygung "gemartert wer, seiner Schmach, Schmertzen, "Kosten und Schäden der Gebür Ergetzung "zu thun schuldig seyn. Es soll auch keyn Ober- "keyt oder Richter in diesem Fall, keyn Urphede "helfen schützen oder schirmen, das der gepeinigt "sein Schmach, Schmertzen, Kosten und "Schäden, mit Recht, doch alle thätliche "Handlung ausgeschlossen, wie Recht, nit "suchen möge."

*k)* STRYCK, PUFENDORF, BOEHMER *ad* CARPZOV., MEISTER *c. c. l. l.*

würfe zuläßt, indem er sich auf gesetzlichen Bestättigungen gründet; so hat es doch auf der andern Seite keinen Zweifel, daß die zum Beweise des Gegentheils gewöhnlich angeführet werdende Römische Gesetze nicht füglich in dieser Absicht angezogen werden können. Denn, wenn es gleich nach dem Römischen Recht für eine völlig entschiedene, oder ausgemachte Rechtswahrheit zu halten ist, daß auf eine Schadensersetzung, die man vermeyntlich durch die Zufügung der Narben und daher entstandene Verunstaltung [l]) erlitten hat, rechtlich nicht angetragen werden könne [m]), so kann gleichwohl daher kein Grund zur Widerlegung des nach dem heutigen Gerichtsbrauch, bewandten Umständen nach, zu bezahlenden Schmerzengeldes hergenommen werden, zumahl das Römische Recht an andern Stellen sogar einem jeden Beleidigten unbedingt und ohne Ein-

l) Nach dem Gerichtsbrauch pfleget man inzwischen, bewandten Umständen nach, einem Verwundeten auch eine Vergütung wegen der erhaltenen Narben, und solchergestalt erlittenen Verunstaltung zuzusprechen, und dabey eben nicht unter den Geschlechtern zu unterscheiden. SCHILTER *Ex. 19. §. 36.* SIMON *von* LEVWEN *Cens. forens. Lib. 5. n. 18.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 90. Obs. 1.* Andere pflegen inzwischen dabey auf die Beybringung näherer Beweise, daß die erlittenen Narben diesen oder jenen Nachtheil dem Verwundeten würklich verursachet haben, zu bestehen, s. Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 337.

m) *L. vlt. de his qui effud. vel deiec. L. 3. si quadrupes pauper. feciss. dicatur L. 7. pr. D. ad L. Aquil.*

Einschränkung erlaubet, seine Genugthuung, die er wegen der erlittenen Injurie zu fodern hat, auf einen gewissen Geldpreis setzen, und auf dessen Auszahlung antragen zu können [n]). Daß wenigstens die Bezahlung des Schmerzgeldes dem Römischen Recht nicht zuwider, vielmehr gemäß sey, bezeugen dadurch die größten neueren Rechtslehrer [o]), daß sie sich sogar bey der Rechtfertigung des nach dem Gerichtsbrauch zu bezahlenden Schmerzgeldes, ausser der peinlichen Gerichts-Ordnung, auch auf Stellen aus dem Römischen Recht [p]) zu berufen pflegen.

Vermöge der bisher mit mehrerem ausgeführten Gründe, und in Beystimmung älterer und neuerer Rechtslehrer, bin ich daher bewogen worden, meine vormahlige Meynung von der Bezahlung des Schmerzgeldes, daß selbiges besonders nur sodann zu entrichten, wenn dem Verwundeten wegen seines versäumten Verdienstes, oder wegen seiner unterbrochenen Arbeit keine Vergütung zugesprochen wird [q]), dahin zu verändern und zu

 verbessern,

n) §. 7. und *10. Inst. de iniur.*

o) Meister a. O.

p) §. *9. 10. Inst. de iniur.* v. in summa sciendum est, de omni iniuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel ciuiliter. Et si quidem ciuiliter agitur, aestimatione facta secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem criminaliter officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur.

q) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Ausgabe von 1770. §. 259.

verbessern, daß ich jetzo dem allgemeinen Gerichtsbrauch in Deutschland, nach welchem einem jeden ohne seine Veranlassung Verwundeten das Schmerzgeld, bewandten Umständen nach, ohne alle Einschränkung gebühret, ebenfals beystimme r). So gegründet inzwischen der Antrag auf die Bezahlung des Schmerzgeldes an sich ist s), so wenig kann doch derjenige, der zu dem Streit, oder der Schlägerey die erste und hauptsächlichste Veranlassung gegeben hat, solches verlangen t). Wäre nicht mit Gewißheit auszumachen, wer eigentlich zu dem vorgewesenen Streit die vornehmste Veranlassung gegeben habe, hätte inzwischen gleichwohl dieses, daß die Schläge von der einen Seite viel heftiger als von der andern Seite gewesen wären, jene auch eine weit schlimmere Wirkung hervorgebracht hätten, seine ausgemachte Richtigkeit, so pfleget zwar auf die Ersetzung des Arztlohns u), nicht aber auf Schmerzgeld, und anderweitige Genugthuungen, erkannt zu werden x).

Die eigentliche Grösse des zu bezahlenden Schmerzgeldes und deren Bestimmung bleibet, da

r) Die eben angezogenen Grundsätze in der Ausgabe von 1776. §. 337.

s) BOEHMER und PUFENDORF *c. c. l. l.* Meister a. O.

t) *Arg. L. 13. pr. ad L. Aquil.* CARPZOV. *q. 161. n. 53.*

u) PUFENDORF *Tom. 4. Obs. 52.*

x) LEYSER *Spec. 543. n. 6.* Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 43.

da die Gesetze hievon nichts verfügen, lediglich dem richterlichen Ermessen vorbehalten. Wie, bewandten Umständen nach, um den Grad der Schmerzen, und die deshalb zu zubilligende Vergütung richtiger beurtheilen und festsetzen zu können, zuweilen das Gutachten des Arztes, oder Wundarztes, dem die Kur des Verwundeten anvertrauet gewesen, eingeholet zu werden pfleget, so kann gegentheils der Verwundete zur eydlichen Schätzung seiner Schmerzen, oder zu einem deshalb abzuleistenden Iuramento in litem niemahl, und unter keinen Umständen zugelassen werden [y]).

y) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 25. Th. 3.*

# VIII.

## Von eydlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen.

So wenig gleich nach dem Römischen Recht [a]) der Eyd überhaupt betrachtet eine rechtsbeständige Verbindlichkeit hervorbringet, in soferne die Handlung, oder das Geschäfte selbst, worauf er sich beziehet, nicht schon an und für sich gültig ist, so stimmet dennoch hierin das Canonische Recht, das, so viel besonders die Verbindlichkeit, aus den Eydesleistungen anlanget, bey den Protestanten allenthalben angenommen ist [b]), mit dem Römischen Recht nicht überein. Denn, nicht allein entstehet nach jenem aus einem eydlichen Versprechen eine verschiedene, und zugleich stärkere Verbindlichkeit, als vorhin da gewesen, sondern es muß auch insbesondere ein jedes eydlich bestättigtes Versprechen, mit dessen Erfüllung nicht der Verlust der ewigen Seligkeit unzertrennlich verbunden ist, genau und pünctlich erfüllet werden [c]), in soferne anders der Eyd mit genugsamer Ueberlegung würklich abgeleistet worden,

a) *L. 5. C. de LL.* VOET. *Comm. ad Pandect. Lib. 4. Tit. 4. §. 46.* MEV. *P. 1. Dec. 147. n. 1.*

b) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 23.*

c) *c. 2.* und *28. X. de iureiur. c. 2. de pact. in 6.*

den, einem dritten unnachtheilig ist, uud sich im übrigen so wenig auf Furcht, Zwang und Gewalt, als Betrug und Hinterlist gegründet hat, folglich nicht als ein vinculum iniquitatis angesehen werden kann [d]). Vermöge dieser Grundsätze ist daher derjenige, der mittelst Eydes etwas versprochen, oder sich zu diesem, oder jenem verbindlich gemacht hat, mit seinen etwanigen Einwendungen dawider der Regel nach nicht zu hören, und zwar ohne Unterschied, ob das Geschaft, worauf sich der Eyd beziehet, schon ohne Eydesleistung gültig, oder ungültig gewesen sey [e]).

Dasjenige, was das Canonische Recht von der Verbindlichkeit der eydlichen Versprechen im allgemeinen vorschreibet, ist besonders von dem Kaiser Friederich in Absicht auf die Minderjährigen ausdrücklich bestättiget worden. Diese sollen nämlich nach seiner Vorschrift aus ihrem Versprechen, dessen Erfüllung sie eydlich angelobet haben, mit Verwerfung aller etwanigen Ausreden, schlechterdings gehalten seyn, im Fall sie anders jenes Versprechen mit genugsamer Ueberlegung und ohne zu dessen Erfüllung durch Zwang, oder Furcht, oder sonst betrüglicher Weise gebracht zu seyn, geleistet haben [f]). In Gemäßheit

d) *c. 22. C. XXII. q. 4. c. 8. 17. 25. X. de iureiur.*

e) LUDOVICI *Diss. de genuin. intellect. brocard. vulgar. omne iuramentum seruandum quod salua salute aeterna seruari potest.*

f) *Auth. Sacramenta puberum C. si adu. vendit.* v. Sacramenta puberum sponte facta super contractibus

heit dieser ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften ist daher ein Minderjähriger, der sich zur Erfüllung eines Versprechens mittelst Eydschwuhrs freywillig verbindlich gemacht hat, mit seinen Einwendungen dawider nicht zu hören, und es kann ihm deshalb keine Wiedereinsetzung im vorigen Stand angedeyen [g]), wenn gleich die Verletzung ausser Streit gesetzet seyn sollte, im übrigen aber kein Betrug des Gegentheils erfindlich wäre [h]). Die mehresten Rechtslehrer kommen darin mit einander überein, daß ein Minderjähriger, der etwas zu erfüllen eydlich versprochen, oder sich auch gewisser Rechts-Wohlthaten eydlich begeben hat, nicht bloß als ein Minderjähriger, sondern vielmehr als ein Volljähriger, angesehen [i]), folglich es billig für einerley geachtet werden müsse, ob das Geschäft, worauf sich das eydliche Versprechen, oder der eydliche Verzicht beziehet, nach dem bürgerlichen Recht gültig und verbindlich sey, oder nicht [k])? ob der Minderjährige das eydliche

bus rerum suarum non retractandis, inuiolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti iubemus.

g) BRVNNEMANN *in Comm. ad Pandect. Lib.* 2. *Tit.* 28. *n.* 9.

h) GAIL *Lib.* 2. *Obs.* 41. *n.* 11. VOET. *c. l.* §. 46. 47.

i) COTHMANN *Resp.* 18. *n.* 158. MANTZEL *de eo qui est maiorennis et minorennis simul.*

k) BACHOV *ad* TREVTLER. *Disp.* 11. *Th.* 9. *lit. e.* BRVNNEMANN *c. l. n.* 7.

eydliche Versprechen mit Vorwissen und Einwilligung seines Curators gethan habe, oder nicht[l])? ob die Rede von solchen Geschäften, wozu sonst obrigkeitliche Bestättigung ersodert wird, oder von andern, sey[m])? Es ist auch an der Richtigkeit dieser Sätze um so weniger zu zweifeln, weil der Kaiser Friederich, als der Urheber der Authenticae: sacramenta puberum, bey einem vorgefallenen Rechtsstreit zwischen zwey damahl berühmten Rechtsgelehrten, dem **Bulgaro** und **Martino**, über den eigentlichen Sinn des *L. 1. C. si adu. vendit.* Die Meynung des letzteren, nach welcher zur Vermeidung des Meineydes der Einwand, daß der Contract, oder das Geschäft gleichwohl an sich betrachtet ungültig gewesen sey, sodann, wann dennoch der Minderjährige die Erfüllung mittelst körperlichen Eydes versprochen hätte, in gar keinen Betracht kommen solle, angenommen, und dieselbe in der Authentica: sacramenta puberum, ausdrücklich bestättiget hat. Wann es nun nach dem Zeugniß der angesehensten Rechtslehrer[n]) keinem Zweifel unterworfen ist, daß die bemeldete Authentica die angezogene Veranlassung würklich gehabt habe, und daß folglich

l) CARPZOV. *P. 2. Const. XI. Def. 50.* und *P. 1. Const. XXXVI. Def. 1.* LEYSER *Spec. 345. Coroll.* LVDOVICI *c. l. §. 28.* BRVNNEMANN *ad dict. Auth. n. 6. 7.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 15. n. 8.* STRVV. *Ex. 8. Th. 54.* MENCKEN *Ius Controu. Th. pract. Dec. 4. Th. 3.*

m) VOET. *c. l. §. 47.*

n) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 23.* WERNHER *Tom. 3. P. 1. Obs. 26.*

lich nach dem Willen des Gesetzgebers, ohne besonders das Geschäft, wozu der Eyd gekommen, und ohne den Umstand, ob jenes an und für sich gültig, oder ungültig gewesen sey, in Betracht zu ziehen, wider solche Versprechen, oder Verzichte, die mittelst Eydes bestättiget worden, keine Einwendungen weiter platzgreiflich werden sollen; so zerfallen von selbst die Meynungen der Gegner, die sie sowohl vermöge der Worte, als des ganzen Zusammenhanges der Authenticae: sacramenta puberum, zu rechtfertigen suchen. Diese letztere wollen nämlich, daß die oft bemeldete Authentica lediglich und allein solche an sich und nach dem bürgerlichen Recht gültige Geschäfte, die von dem Minderjährigen mit Zuziehung und Einwilligung seines Curators geschlossen worden, und die solchergestalt als eigentliche contractus non retractandi angesehen werden können, zum voraussetze, und daß sodann wegen der hinzugekommenen eydlichen Bestättigung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die sonst nach bewiesener Läsion allerdings statt gefunden haben würde [o]), nun nicht weiter zur Anwendung kommen könne. Im Gegentheil wollen die Vertheidiger der letzteren Meynung, daß die von Minderjährigen ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Curators gethanene Versprechen und Verzichte, nach der Vorschrift der gemeinen bürgerlichen Rechte [p]) ungültig seyn und bleiben müssen,

o) MEV. *P. 3. Dec. 334. n. 8.*

p) *L. 5. §. 1. L. 9. pr.* und *§. 1. 2. ff. de auctoritat. et conf. tut. et curat. §. 2. Inst. quib. alienare licet.*

sen, ohne Unterscheid, ob sie mittelst Eydes bestättiget wären, oder nicht [q]). Allein, nicht ohne Grund erwidern dagegen andere, daß eine solche Erklärung dem eigentlichen Sinn der Authenticae völlig zuwider sey, weil solchergestalt und wenn der Kaiser darin ein nach dem bürgerlichen Recht gültiges Geschäft, oder Versprechen zum voraus gesetzet, und der eydlichen Bestärkung nur lediglich die Wirkung, daß deshalb die Wiedereinsetzung im vorigen Stand nicht weiter platzgreiflich werde, beygeleget hätte, er sodann eigentlich nichts besonderes, welches gleichwohl der Regel

q) BERGER *Diss. Iur. select. Diss. 14. de renuntiat. Iur. §. 7. n. 2.* KNORR *de filio familias cambiente §. 3. n. 15.* v. vulgo quidem regulam tradunt interpretes, iusiurandum ex minore facit maiorem. Ast hanc regulam minime probare possumus, quum minor cum aliquo neglecto curatoris consensu contraxerit — — *In hac Authentica non de omnibus contractibus minorum iuramento firmatis sermo est, sed agitur saltim de contractibus minorum non retractandis. Procul dubio igitur casus supponitur, vbi minor cum consensu curatoris contractum celebrauerat, eumque iureiurando confirmauerat. Iam restitutio in integrum excluditur.* Nam ex regula valet eiusmodi contractus a minore cum curatoris consensu initus, si vel maxime nullum iuramentum accesserit, sed ob laesionem contingentem postea minor in integrum restituitur. Quae restitutio autem ipsi denegatur, quum super contractu rerum suarum non retractando, id est cum curatoris consensu celebrato, sponte juramentum praestiterit.

Regel nach von einem Gesetzgeber billig zu vermuthen sey, verordnet haben würde [r]).

Andere Rechtslehrer [s]) vertheidigen zwar ebenfals die angezogene Erklärung der Authenticae, und wollen dieselbe nur von einem an sich gültigen Geschäfte verstanden wissen, sie behaupten aber dem ohngeachtet, daß ein Minderjähriger, ohne auf die Vorschrift der Authenticae Betracht zu nehmen, vermöge der Grundsätze des Canonischen Rechts [t]) aus seinem eydlich gethanen Versprechen und Verzichten schlechterdings gehalten sey, in soferne anders der Eyd selbst nach dem eigentlichen Sinn des Canonischen Rechts als verbindlich, oder rechtsbeständig angesehen werden könne. Wann nun, angezogenermassen, die angeführten besonderen Meynungen von der wahren Absicht der Authenticae: sacramenta puberum, dem Willen des Gesetzgebers in keine Wege gemäß sind, vielmehr nach einer richtigen Erklärung sowohl, als nach dem Canonischen Recht es keinem Zweifel unterworfen ist, daß in Ermangelung besonderer Landesgesetze, die eydlichen Versprechen und Verzichte der Minderjährigen, ohne

r) BOEHMER *c. l.* v. proinde minus probabile est, dictam authenticam tantum loqui de negotio valido et exclusione beneficii restitutionis in integrum, cum ita nihil noui imperator constituisset, id quod tamen eius intentioni omnino conforme fuisse, relatae circumstantiae historicae demonstrant.

s) PERETZ *Praelect. ad Cod. Lib. 2. Tit. 28. n. 6.* und *7.*

t) *c. 28. X. de iureiur. c. 2. de pact. in 6.*

ohne auf die Gültigkeit, oder Ungültigkeit des Geschäfts, worauf sich jene beziehen, nach dem bürgerlichen Recht Betracht zu nehmen, verbindlich sind, und dawider keine Wiedereinsetzung im vorigen Stand platzgreiflich werden kann, in soferne anders das eydlich gethane Versprechen, oder der eydliche Verzicht ohne Furcht, Zwang und Gewalt, oder Betrug und hinterlistige Ueberredung geleistet worden [u]), mithin schon nach dem natürlichen Rechte verbindlich ist, so sind nun noch einige wenige Einschränkungen, die diese Grundsätze gleichwohl in der Anwendung zulassen, in der Kürze zu bemerken.

Hieher gehöret zuvörderst, daß nicht ein jedes eydliche Versprechen, oder eine jede eydliche Verzichtleistung eines Minderjährigen, mit, oder ohne Einwilligung seines Curators, für verbindlich zu halten, sondern nur eine solche, die mittelst **körperlichen Eydes** geschehen. Denn, da in L. 1. C. si adu. vendit. [x]) zur Unstathaftigkeit der Wiedereinsetzung im vorigen Stande ausdrücklich



u) WERNHER *P. 1. Obs. 217.* Daß inzwischen die eydlich ausgestellten Wechsel der Minderjährigen bey dem Mangel der Einwilligung des Curators keine verbindliche Kraft haben, behaupten HEINECCIUS *in Element. Iur. Camb. c. 5. §. 4. not.* Beck im Wechsel-Recht c. 1. §. 30.

x) Si minor annis viginti quinque emptori praedii cauisti, nullam de caetero te esse controuersiam facturum, idque etiam *iureiurando corporaliter praestito* seruare confirmasti; neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.

drücklich erfodert wird, daß der Minderjährige sich durch einen feyerlichen und leiblichen Eyd verbindlich gemacht habe, diese Vorschrift aber in der Authentica: sacramenta puberum, nicht aufgehoben, oder abgeändert worden ist, so kann es auch zur Gültigkeit des von einem Minderjährigen gethanen Versprechens, oder Verzichts in keine Wege genügen, daß derselbe sich bloß harter Betheurungen bedienet, oder auch in der ausgestellten Handschrift gewisse juratorische Klauseln einfliessen lassen, oder auch zwar die bey Eydesleistungen gewöhnlichen Ausdrücke, **so wahr mir Gott helfen soll** ꝛc. gebrauchet, inzwischen solches nur schriftlich gethan habe [y]). Diese Grundsätze verdienen um so mehr allen Beyfall, als nach der Vorschrift eines andern Gesetzes demjenigen Minderjährigen, der sich für einen Großjährigen ausgegeben, und solches sogar in einem besonderen Instrument bezeuget hatte, die Wiedereinsetzung im vorigen Stand angedeyen, demjenigen aber, der mittelst leiblichen Eydes von sich bezeuget hatte, daß er großjährig sey, versaget werden solle [z]). Der Unterschied unter einer mittelst

y) Die gegenseitige Meynung vertheidiget, wiewohl ohne genugsamen Grund, BERGER *in Oecon. Iur. c. l.*

z) *L. 3. C. si min. se mai. dix.* worin es unter andern heißt: si tamen in instrumento per sacramenti religionem, maiorem te esse adseuerasti, non ignorare debes, exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et euidenter ex instrumentorum probatione, non per testium deposi-

mittelst leiblichen Eydes gethanen Versicherung und einer solchen, die zwar eydlich, allein nur schriftlich geleistet worden, ist daher von selbst einleuchtend, weil die Leistung eines leiblichen Eydes eine weit grössere vorgängige Ueberlegung zum voraussetzet, als die blosse unter eydlichen Klauseln geschehene Unterschrift eines Instruments. Es ist auch an und für sich viel leichter einen Minderjährigen, zumahl, wenn er von einem sanguinischen Temperament ist, zu einer eydlichen Unterschrift zu bringen, als ihn dahin zu bewegen, daß er mittelst leiblichen, oder feyerlichen Eydes etwas verspreche, oder auf diese und jene Rechtswohlthaten Verzicht thue. Diese dem wahren Sinn der Gesetze vollkommen angemessene Meynung hat um so mehr für sich, als der Satz, daß bey Minderjährigen der Eyd eine besondere und verschiedene verbindliche Kraft hervorbringe, billig als ein Ius singulare, das daher strictissime zu erklären, anzusehen ist [aa]). Selbst diejenigen Rechtslehrer, die es an und für sich für einerley halten, oder für eben denselben Mißbrauch des göttlichen Nahmens ansehen, ob der Minderjährige mündlich, oder schriftlich etwas, das nachhin von ihm als unkräftig angesehen werden will, angelobet habe, geben gleichwohl zu, daß die Ge-



positiones te fuisse minorem ostenderis. Huiusmodi autem sacramento corporaliter praestito nullum tibi superesse auxilium, perspicui iuris est.

aa) CARPZOV. P. 2. *Const.* XI. *Def.* 50. STRYCK *cautel. Iurament.* P. 2. *Sect.* 1. c. 3. n. 36. WERNHER *T.* 1. P. 1. *Obs.* 217. und *T.* 3. P. 1. *Obs.* 26.

setze dennoch ein anders vorschreiben, und daß es dabey billig der Regel nach, das Bewenden behalten müsse [bb]).

Ob nun zwar viele Rechtslehrer bey den eydlichen Angelobungen der Minderjährigen, eines theils aus dem Grunde, weil die Authentica: sacramenta puberum, ohne Einschränkung redet [cc]), andern theils aber, weil bey Eydesleistungen die vorhergegangene Ueberlegung und Prüfung billig zum voraus zu setzen ist [dd]), keine vorgängige Certioration oder Unterricht erfodern, so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß wenigstens sodann auf den Mangel der vorgängigen Certioration vieler Betracht zu nehmen sey, wenn etwa die Umstände zu erkennen gäben, daß der Minderjährige vermuthlich im Irthum gewandelt, und solchergestalt ohne genugsame Ueberlegung sich zu etwas, mittelst Eydschwuhrs, anheischig gemacht habe [ee]). Sollte derjenige, der sich mit einem Minderjährigen in Geschäften eingelassen, und denselben zu einer eydlichen Bestärkung seines Versprechens, oder Verzichts vermogt hat, den vorgängigen Unterricht, oder die Certioration geflissentlich zu verhindern gesuchet haben, so entspringet

bb) HOMMEL *in Rhapsod. Quaest. Obs. 274.*

cc) PERETZ *c. l. n. 4.*

dd) BRUNNEMANN *ad Pandect. Lib. 2. Tit. 28. n. 11. 12.*

ee) Der verdiente Herr geheime Rath Schmidt *in Diss. de vindicat. rer. pupillar. omni casu ad quinquennium restrict. §. 16.*

springet daraus wider ihn eine starke Vermuthung gehegter betrüglichen Absichten [ff]), und er kann daher auf die Erfüllung des eydlichen Versprechens wegen der ihm entgegenstehenden exceptionis doli, keine rechtsbeständige Anträge machen. Denn der Eyd kann nur sodann allen ferneren Einwand völlig zernichten, wenn derjenige, der sich mit einem Minderjährigen eingelassen hat, selber bona fide gehandelt, und nicht mit jenes Schaden ungebührliche Vortheile zu erlangen gesuchet, folglich keine betrügliche Absichten gegen den Minderjährigen geheget hat [gg]).

Da die Gesetze in der vorliegenden Materie nur allein von Mündigen, oder solchen Minderjährigen, welche die Pubertäts-Jahre bereits erreichet haben, reden, so können sie um so weniger auf eigentliche Unmündige, oder impuberes, als denen es an der nothwendigsten Eigenschaft eines verbindlichen Eydes, nämlich an dem Verstande, oder der genugsamen Erkenntniß, mangelt [hh]), angewandt werden [ii]); zumahl nach verschiedenen Stellen des Canonischen Rechts Unmündige, oder die noch nicht die Pubertäts-Jahre erreichet haben, so wenig zu Eydes-Ableistungen gezwungen werden, daß vielmehr die etwa von ihnen geleisteten Eyde kraftloß und unverbindlich



*ff*) BOEHMER *c. l. §. 48.*

*gg*) VOET. *c. l. §. 46. 47.*

*hh*) *c. 2. C. XXII. q. 2. c. 26. de iureiur. in 6. L. 26. D. de iureiur.*

*ii*) VOET. *c. l. §. 46.* BOEHMER *c. l. §. 47.*

bindlich seyn sollen [kk]). Wenn daher jemand, der noch nicht zu den Pubertät-Jahren gelanget ist, ohne Vorwissen und Einwilligung des ihm zugeordnet gewesenen Curators gewisse Versprechen gethan, oder sich gewisser Rechte begeben, auch eines, oder anderes mittelst leiblichen Eydes bestärket haben sollte, so würde es bey der Vorschrift gemeiner Rechte, nach welcher die von Pupillen ohne Vorwissen und Einwilligung ihres verordneten Vormundes unternommene Geschäfte schlechterdings kraftloß und unverbindlich sind [ll]), lediglich das Bewenden behalten müssen. Es kann auch hiegegen der Einwand, daß der Unterschied inter puberes et minores heutiges Tages nicht mehr anwendlich sey [mm]), in keinen Betracht kommen, indem dieser Unterschied lediglich in Absicht der vormahl ganz von einander unterschieden gewesenen Gewalt der Vormünder und der eigentlichen Curatoren aufgehoben worden, mithin keinesweges sodann für aufgehoben gehalten werden kann, wenn an sich vernünftige und der

*kk*) *c. 15. C. XXII. q. 5.* pueri ante annos quatuordecim non cogantur iurare. Puella quoque si in puerili aetate sita in domo patris, illo nesciente iuramento se constrinxerit, et pater eius, vt audierit, statim contradixerit vota eius et iuramenta irrita erunt et facilius emendabitur.

*ll*) *L. 5. §. 1. L. 9. pr. §. 1. 2. de auctorit. et cons. tut. §. 2. Inst. quib. alienare licet.*

*mm*) *L. 1. C. si adu. credit. L. 11. C. de praed. min. L. 22. C. de administrat. tut. L. 50. §. 1. 5. 6. de legat. 3. L. 20. de R. N.* STRYCK *in V. M. Tit. de tutel. §. 9.*

der Aehnlichkeit des Rechts nicht widersprechende Gründe ihn ausdrücklich billigen und bestättigen [nn]).

Eben dasselbe, was von den eigentlichen impuberibus in Absicht ihrer eydlichen Versprechen und Verzichte gilt, ist auch auf die sogenannten pubertati proximos anzuwenden, als welche daraus eben so wenig im Wege Rechtens besprochen werden können [oo]). Denn, wenn gleich die Gesetze pubertati proximos als doli capaces ansehen, und dieselben daher ihrer Verbrechen wegen, den Umständen nach, eben, als andere bestrafet wissen wollen [pp]); so kann doch hievon auf die Verbindlichkeit des Eydes eines pubertati proximi kein gültiger Schluß gemacht werden [qq]), zumahl demjenigen, der sich mit einem pubertati proximo eingelassen hat, ein grosser Grad der Unvorsichtigkeit zu Schulden kommt, und derselbe sich daher den daraus erwachsenden Schaden

 selbst

*nn*) BOEHMER *in Consult. et Dec. Tom. 2. P. 1. Resp. 216. n. 28.* LAUTERBACH *Vol. 1. Diss. 8. Th. 17.*

*oo*) VOET. *c. l. §. 46.*

*pp*) *L. 14. de Senatus consult. Silan. L. 111. de R. I. §. penult. Inst. de obl. quae ex delict.* Art. 164. P. G. O.

*qq*) *L. 26. D. de iureiur.* Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus aetatisue sit: omni enim modo custodiri debet iusiurandum aduersus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, *quamvis pupillus non videatur peierare, qui sciens fallere non videatur.*

selbst beyzumessen hat [rr]). Es hat daher billig bey dem allgemeinen Grundsatze, nach welchem der Eyd eines impuberis ohne die eigentliche Beschaffenheit des Geschäfts, zu welchem er gekommen und die Frage: Ob solches an und für sich gültig, oder ungültig gewesen sey? in Betracht zu ziehen, kraftloß und unverbindlich ist, auch bey den sogenannten pubertati proximis das Bewenden [ss]), indem die Ausnahme, die im Römischen Recht in Ansehung der dem Patron von dem Unmündigen eydlich versprochenen Dienstleistungen vorkommt [tt]), heutiges Tages nicht füglich einige Anwendung finden, oder zur Regel, und zum Beweise des Gegentheils dienen kann.

Bey der allgemeinen Vorschrift der Authenticae: sacramenta puberum, scheinet es zwar, daß eben dieselben Grundsätze, die von den eydlichen Versprechen und Verzichten der Minderjährigen überhaupt gelten, auch auf diejenigen, die zu der Zeit, da sie die Wiederbezahlung der ihnen gemachten Anleihe eydlich angelobet haben, sich noch unter der väterlichen Gewalt befunden hatten, in soferne kein Betrug erfindlich ist, und sie anders im Stande sind, die Wiederbezahlung aus ihrem eigenen Vermögen zu leisten [uu]), angewandt werden müssen Gleichwohl behaupten die mehresten Rechtslehrer das Gegentheil, und halten

rr) *pr. Inst. de auctoritat. tut. L. 19. de R. I.*

ss) Das Gegentheil behauptet PERETZ *c. l. n. 5.*

tt) *L. 7. §. 5. de oper. libert.*

uu) SRYCK *in cautel. contract. P. 2. c. 1. §. 15.*

halten einen Sohn sogar nach des Vaters Tode nicht einmahl dazu verpflichtet, diejenige Anleihe, die er als ein unter väterlicher Gewalt sich befindender filius familias gemacht hatte, wieder zu bezahlen, wenn er gleich die Wiederbezahlung eydlich angelobet, oder auch auf das Senatus consultum macedonianum mittelst feyerlichen und körperlichen Eydes Verzicht gethan hätte [xx]), es wäre dann, daß er nach aufgehobener väterlichen Gewalt, die Schuld entweder ausdrücklich anerkannt hätte, oder sie auch, bewiesenermassen, zu seinem wahren Besten gemacht worden wäre, oder er des doli überwiesen werden könnte [yy]). Diejenigen Rechtslehrer [zz]), welche diese Sätze allgemein vertheidigen, und die von den filiis familias geschehene eydliche Begebung des Senatus consulti macedoniani unter allen Umständen für kraftloß und unverbindlich halten, meynen den Grund von ihrer Behauptung selbst in den Gesetzen zu finden [aaa]). Denn, da nach den letzteren

xx) Struben in den Nebenstunden *P. 5. p. 50. 72.* und in dem ersten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 156.

yy) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 2. n. 4. 7. 8. 9. 10.*

zz) PVFENDORF *Tom. 2. Obs. 171.*

aaa) *L. 1. pr. de Senatus consulto macedonian.* v. cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet, placere ne cui,

ren die Begebung des Senatus consulti macedoniani besonders des gemeinen Bestens wegen für unverbindlich erkläret worden; so könnten auch um deswillen die Art und Weise, wie jene geschehen sey, nicht in besondern Betracht kommen, noch so wenig zum Schaden des filiifamilias, als des Vaters, erkläret werden [bbb]). Allein, wenn man dagegen erwäget, daß sowohl die Authentica: sacramenta puberum, als das Canonische Recht, die gleichwohl als neuere Gesetze im Collisionsfall den Vorschriften des Senatus consulti macedoniani billig vorzuziehen sind, von der Verbindlichkeit der Versprechen und Verzichte, die mittelst leiblichen Eydes bestättiget worden, unbedingt und ohne alle Einschränkung reden, so ist unter den angezogenen nähern Bestimmungen, unter welchen sich ein Minderjähriger durch einen Eydschwuhr überhaupt gültiglich verbinden kann, es auch bey einem solchen Menschen, der sich zur Zeit des eydlich gethanen Versprechens, oder Verzichts, unter väterlicher Gewalt befindet, billig zu lassen, und es kann demselben für seine Person

cui, qui filiisfamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur: vt scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri *add. c. 58. de Reg. Iur. in 6.* non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum.

*bbb*) LAVTERBACH *Coll. Th. pract. Tit. de SCto maced. §. 27.* VOET. *l. c. Tit. de SCto maced. §. 10.*

son niemahl freystehen, sich auf das Senatus consultum macedonianum zu berufen, wenn er die Wiederbezahlung der Anleihe demjenigen, der sie ihm bona fide gemacht hatte, durch einen feyerlichen Eydschwuhr versprochen, oder sich auch mittelst leiblichen Eydes der Wohlthat des Senatus consulti macedoniani förmlich begeben haben mögte. Es verstehet sich inzwischen hiebey ohne mein Erinnern von selbst, daß ein solches Versprechen und eine solche Begebung den Rechten des Vaters in alle Wege unnachtheilig zu erklären ccc), und überhaupt nur sodann von einiger rechtlichen Wirkung sey, wenn nach aufgehobener väterlichen Gewalt der Sohn sich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln, oder Erwerb diejenige an sich rechtmässige Schuld zu bezahlen, wozu er sich durch einen feyerlichen Eydschwuhr zu der Zeit, da er sich noch unter väterlicher Gewalt befunden, verbindlich gemacht hatte.

*ccc) L. 1. pr. de Senatusconsulto Macedoniano.*

# IX.

## Von den Strafen der Wucherer nach älteren und neueren Gesetzen.

Mit anscheinender Beystimmung verschiedener Stellen des alten und neuen Testaments [a]), verdammten nicht allein schon verschiedene Kirchenväter ohne Unterschied alle Zinsen [b]), sondern es gingen einige Päbste gar so weit, daß sie auch die blossen Vertheidiger der Zinsen, und diejenigen, die es an einer genugsamen Aufsicht über die Wucherer hatten ermangeln lassen, als eigentliche Ketzer angesehen und bestrafet wissen wollten [c]). Hieraus sind die harten Vorschriften des Canonischen Rechts wider das Zinsennehmen ohne Schwierigkeit zu erklären. Denn, nach denselben wird es dem Diebstahl, oder wenigstens einem Spolio gleich geachtet, und derjenige, der erweislich Zinsen angenommen, ist wenigstens so lange unter dem

a) 5. B. Mos. *XXIII.* 19. Ps. 55. v. 1 — 5. Luc. *VI.* 35. und Luc. *VII.* 30. Das Gegentheil erhellet inzwischen aus dem 5. B. Mos. *XXIII.* 20. Matth. *XXV.* 27. MICHAELIS *de mente et rat. leg. mosaicar. usur. prohibente.*

b) BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 5. Tit. 19. §. 18. 19.*

c) Die besonderen Constitutionen wider die Wucherer von verschiedenen Päbsten, und zwar besonders von Pio dem Vierten und Fünften, wie auch Sixto dem Fünften findet man in dem *Bullario magno p. 325.* und *557.*

dem Kirchenbann, als er noch nicht alle gehobene Zinsen wieder zurückgegeben hat. Würde auch ein solcher, ohne geschehene Wiedererstattung sterben; so darf er auf christübliche Art und Weise nicht begraben werden [d]). Einem Wucherer versaget das Canonische Recht die Macht, ein gültiges Testament errichten zu können [e]), und erkläret die endliche Versicherung eines Schuldners, die versprochenen Zinsen zu bezahlen, an sich für kraftloß und unverbindlich [f]). Ein Wucherer kann nach dem Canonischen Recht, so lange er noch nicht alle erhobene Zinsen wieder erstattet hat, sein angeliehenes Capital nicht wieder fodern [g]). Wenn der Schuldner, von dem die Zinsen eingehoben worden, oder seine Erben nicht mehr vorhanden sind, soll der empfangene Wucher

d) *c. 3. X. de vsur.* v. quia in omnibus fere locis ita crimen vsurarum inualuit, vt multi quasi licite vsuras exerceant, et qualiter vtriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideoque constituimus, quod vsurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec christianam (si in hoc peccato decesserint) accipiant sepulturam, sed nec obligationes eorum quisquam accipiat. Qui autem acceperit, vel christianae tradiderit sepulturae: et quae acceperit, reddere compellatur: et donec ad arbitrium sui episcopi satisfaciat, ab officii sui maneat executione suspensus.

e) *c. 2. de vsur. in 6.*

f) *c. 13. X. de vsur.* BOEHMER *c. l. §. 21.*

g) GERDES *Diss. de pontifice in prohibend. vsuris errante. Gryphisw. 1730.*

cher [h]) zum besten der Armuth verwandt werden [i]).

So sehr inzwischen das Canonische Recht wider die Annahme aller und jeder Zinsen eifert, so nachgebend ist es dagegen, wenn jene nicht sowohl unter dem verhaßten Nahmen der Zinsen, als unter dem Schein eines vertragsweise festgesetzten Wiederkaufs-Rechts, oder gewisser jährlicher Nutzungen (annuorum redituum) bezahlet werden [k]). Denn, wenn jemand einem andern in der Absicht, sich dafür gewisse liegende Gründe anzuschaffen, oder solche in einen bessern Zustand zu versetzen, Geld leihet, so stehet es ihm nach dem Canonischen Recht frey, sich gewisse jährliche Abgiften, oder Einkünfte vorzubehalten [l]). Letztere haften sodann als eine Servitut auf dem Grundstück, und ein jeder Besitzer desselben ist demnächst schuldig, solche ohne alle Weigerung in den bestimmten Terminen abzuführen. Ob nun zwar dem Eigenthümer dem ohngeachtet unbenommen bleibet, das Grundstück zu veräussern, so

h) Obwohl einige das Wort Wucher von Woche herleiten, und daher annehmen, daß Wucher so viel als Wochenzins bedeute, so ist gleichwohl wahrscheinlich, daß das Wort Wucher von dem alten deutschen Wort Wocher, welches so viel, als, was wir heutiges Tages Nutzniessung nennen, bedeutet, herzuleiten sey, s. SCHILTER und WACHTER *in glossar. sub v.* Wucher.

i) *c. 5. X. de usur.*

k) *c. 19. X. de usur.*

l) *Extrav. comm. de empt. et vendit.* BOEHMER *c. l. §. 52. 53.*

so verstehet sich gleichwohl von selbst, daß solches nur unbeschadet der Rechte desjenigen, der die Gelder vorgeschossen hat, geschehen könne [m]).

Zum besten der Armen und Nothleidenden sind zwar in der katholischen Kirche sogenannte Leihbänke, oder montes pietatis, üblich; allein, die Abgiften, die zur Erhaltung der Stiftung von dem Schuldner bezahlet werden müssen, sind nach den Grundsätzen des Canonischen Rechts nicht als eigentliche Zinsen anzusehen und zu beurtheilen [n]).

Obzwar bey dem Anfange der Glaubens-Reinigung Luther das Canonische, oder päbstliche Recht fast zu vertilgen suchte, und es sogar vor den Thoren Wittenbergs verbrannte [o]), so behielte er gleichwohl den lediglich darin begründeten unbeschränkten Haß wider die Zinsen bey [p]).

Bey den Römern waren nicht allein die Zinsen überhaupt, und besonders verschiedene Arten derselben, üblich [q]), sondern sie wurden auch sogar

m) FELTZ *de different. vsurar. et annuor. redituum.*

n) MARPERGER *Tr. Montes pietatis*, oder Leih- *Assistentz-* und Hülfshäuser. BOEHMER *c. l.* §. 73.

o) MOSHEIM *histor. eccl. p.* 639. ZIEGLER *de orig. et increment. Iur. Canon.* §. 64.

p) VOETIVS *in Pol. ecclef. L.* 2. *Sect.* 4. *c.* 3. *p.* 779.

q) *Tit. Digest. et Cod. de vsur.* und *de nautico foenore.*

gar alle Monathe eingefodert [r]). Die Gläubiger pflegten besonders in ihrem sogenannten Calendario die Nahmen ihrer Schuldner, die monathlich Zinsen bezahlen mußten, zu verzeichnen [s]).

Obzwar nach dem älteren Römischen Recht in Absicht auf die Grösse der Zinsen eine mehrere Bestimmung vorhanden war [t]), so kommt es gleichwohl nach den Justinianeischen Verordnungen hierunter am meisten auf die Verschiedenheit der Fälle an [u]). Denn, es wird darin die Grösse der Zinsen nach dem Stande und Gewerbe der Personen, nach der Beschaffenheit der Gefahr und der Vortheile, die sich auf der einen, oder andern Seite befinden, und nach den besonderen Pflichten des Schuldners sehr ungleich bestimmet [x]). Die Verbindlichkeit zu der Bezahlung der Zinsen, war nach dem Römischen Recht nicht zu bezweifeln, wenn sie sich in einer vorgängigen Stipulation gründete [y]), oder auch das Ver-

r) *L. 26. §. 1. depositi. L. 40. de reb. cred. L. 41. §. 2. de vsur.*

s) *L. 41. de reb. cred. L. 39. §. 14. de administr. tut. L. 41. §. 6. de legat. 3. L. 3. C. de compensat.*

t) TACIT. *annal. L. VI. c. 16.* LIV. *L. VII. c. 27.* PAVL. *L. II. Sent. T. XIV. §. 3.*

u) WESTENBERG *Princip. Iur. Lib. 22. Tit. 1. §. 20. 21.*

x) *L. 26. §. 1.* und *L. 23. C. de vsur. L. fin. C. de vsur. rei iudicat. L. 3. C. de arbitr. Tut. L. 4. C. de aedific. priuat. Tit. Digest. et Cod. de nautic. foen. Nouella 32. cap. 1. Nouella 121. c. 2.*

y) *L. 121. de V. S. L. 1.* und *3. C. de vsur. L. 24. D. de praescript. verb.*

Versprechen wegen der Zinsenzahlung einem sogenannten Contractui bonae fidei hinzugefüget war [z]). Ueberhaupt konnte auch der Richter in allen negotiis bonae fidei dem Gläubiger Zinsen zusprechen, wenn der Schuldner in der Bezahlung säumig war, oder sich in Mora befand [aa]), oder auch eine besondere Billigkeit, wenn etwa der Schuldner sich mit seines Gläubigers Gelde ansehnliche Vortheile verschaffet hatte, die Bezahlung der Zinsen rechtfertigte [bb]). Nach dem Römischen Recht war der sogenannte anatocismus, oder das Nehmen der Zinsen von Zinsen nicht allein überhaupt [cc]), sondern vorzüglich sodann unerlaubt, wenn die angeschwollenen Zinsen sogar zu einem besonderen zinsbaren Capital angeschlagen worden waren [dd]). Inzwischen finden sich im



z) *L. 24. in fin. L. 26. §. 1. depositi. L. 5. C. de pact. inter emt. et vend.*

aa) *L. 49. §. 1. de act. inter emt. vend. L. 16. §. 1. L. 17. §. 3. 4. L. 32. §. 2. de vsur. L. 24. C. eod. L. 54. locati conducti L. 5. C. de pact. inter emt. et venditor.*

bb) *L. 13. §. 20. de act. emt. vend.* v. veniunt autem in hoc iudicium infra scripta, inprimis pretium, quanti res venit, item vsurae pretii post diem traditionis: *nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum vsuras pretii pendere add. L. 34. de vsur.*

cc) *L. 29. D. de vsur. L. 27. de re iudicat. L. 2. §. 5. D. de administr. rer. ad ciuitat. pertinent. L. 3. C. de vsur. rei iudicat. L. 26. §. 1. de condict. indeb.*

dd) *L. 28. C. de vsur.* worin es unter andern merklich heißt: Quapropter hac apertissima lege definimus,

Römischen Recht einige Einschränkungen, unter welchen auch die vsurae vsurarum nicht für unerlaubt geachtet wurden [ee]). Diejenigen Zinsen, die dergestalt angeschwollen waren, daß sie sogar den Hauptstuhl überstiegen (vsurae vltra alterum tantum), wurden nach verschiedenen Stellen des Römischen Rechts [ff]), schlechterdings für unerlaubt angesehen, obwohl eine andere Stelle

finimus, nullo modo licere cuiquam vsuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum vsuras stipulari. Sed etsi hoc fuerit subsecutum: vsurae quidem semper vsuras manere et nullum vsurarum aliarum incrementum sentire: sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.

ee) *L. 5. §. 7. L. 7. §. 11. 12. L. 9. §. 3. L. 13. 58. §. 1. de administr. et peric. tut. L. 10. §. 3. D. mandati.* MENCKEN *de tutore ad vsuras vsurarum obligato.*

ff) *L. 26. §. 1. de condict. indeb.* v. supra duplum autem vsurae et vsurarum vsurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt; et solutae repetuntur: quemadmodum futurarum vsurarum vsurae *L. 4. §. 1. de nautic. foen. L. 27. §. 1. C. de vsur. Nouella 121. cap. 2.* v. cum igitur leges nostrae nihil vltra duplum solui velint: et nos in hoc tantum differentiam habemus cum prioribus, quod illae quidem debita constituant vsque ad duplum, si nulla particularis facta fuisset solutio: nos vero recipiamus, vt particulares etiam solutiones debita dissoluant, si vsque ad duplum pertingant. Sancimus, vt secundum hoc fiat computatio: et si tantum persoluerint, quantum adhuc ad mille aureos deest, recuperent etiam foeneratitiam sexingentorum aureorum Syngrapham, ne debitum ex hac causa multipliciter exigi deprehendatur.

Stelle [gg]) einen Unterschied unter dem Fall, da die Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, entweder schon nach und nach bezahlet worden, oder noch bezahlet werden sollen, gemacht wissen will, und in dem ersten Fall solche beschriebene Zinsen für völlig rechtmässig, in dem andern aber für völlig unerlaubt, erkläret.

Wenn einer bewiesenermassen unerlaubte Zinsen genommen hatte, so fand nach dem alten Römischen Recht die poena quadrupli statt [hh]), der Kaiser Diocletian aber sezte auf die Wucherey die Infamie [ii]). Der Kaiser Justinian will die Wucherey mit dem Verlust der Schuld [kk]), und bey Soldaten mit der Abdankung, bestrafet wissen [ll]). Derjenige, der übermässige Zinsen hat bezahlen müssen, und das Capital noch in



gg) *L. 10. C. de vsur.* v. vsurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc non vltra sortis summam non exiguntur, quoties tempore solutionis summa vsurarum excedit eam computationem.

hh) *L. 2. C. Theod. de vsur.*

ii) *L. 20. C. ex quib. caus. infam. irrog.* v. Improborum foenus exercentibus et vsuras vsurarum illicite exigentibus infamiae macula irroganda est.

kk) *Nouella 32. in fin.* v. Quae itaque nobis placuerunt, ea claritas tua effectui finique tradere studeto, scituro creditore, quod si haec contra facere aliquid ausit, exactione cadet. Et qui mutuum accepit, quiue iniuriam pertulit, ex eo solatium habebit, quod tum ipse a facessendo negotio liberatus sit, tum creditorem in rebus suis iacturam pati videat.

ll) *Nouella 33. in fin.*

Händen hat, kann nach dem Römischen Recht jene Zinsen sofort vom Capital abziehen [mm]). Im Fall er aber letzteres bereits abgetragen hätte, kann er wegen der bezahlten Zinsen die condictionem indebiti anstellen [nn]). Zu der Abtragung der unbezahlt gebliebenen übermässigen Zinsen kann der Schuldner im Wege Rechtens unter keinen Umständen angehalten werden [oo]).

Bey den Römern gehörte auch das sogenannte crimen Dardanariatus und annonae [pp]), oder die Auf- und Vorkäuferey der zur menschlichen Nothdurft gehörigen Dinge zu den schändlichsten Arten der Wucherey [qq]). Demjenigen, der sich dergleichen hatte zu Schulden kommen lassen, wurde nicht allein die Treibung fernerweitigen Gewerbes untersaget, sondern es fand auch überdieß nach dem Stande der Person, entweder die Landesverweisung, oder die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten statt [rr]). Wenn besonders von

mm) *L. 26. C. de vsur.*

nn) *L. 26. pr.* und *§. 1. de condict. indebiti L. 18.* und *26. C. de vsur.*

oo) *Nouellæ 32.*

pp) Wie eigentlich diese beyden Verbrechen bey den Römern von einander unterschieden gewesen sind, habe ich in den Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts §. 205. und 206. mit mehrerem angeführet.

qq) *L. 40. §. 1. de legat. 2. L. 87. pr. eod. L. 6. de extraord. crimin. L. 37. de poen. Tit. C. de erog. milit. Tit. Cod. de annon. et capitat. ad ministr. L. 1. C. de erog. milit.*

rr) *L. 6. de extraord. crimin.*

von der annona die Rede war; so bestimmte in dem angezogenen Fall das Römische Recht eine Strafe von zwanzig Goldgülden [ss]).

Wenn gleich mässige Zinsen, in so ferne sie sich auf einen vorgängigen Vortrag, oder auf der Säumniß gründen, und die Grösse von fünf pro Cent nicht übersteigen, nach deutschen Reichsgesetzen für erlaubt und rechtmässig anzusehen sind [tt]), so ist gegentheils aller und jeder Wucher, er mag auch unter einem Schein ausgeübet werden, unter welchem er wolle, durch ausdrückliche Gesetze im deutschen Reich verbothen [uu]). Es kommt demnach zur Ablehnung einer angeblich begangenen Wucherey sowenig auf den Stand der Person [xx]), als darauf an, ob die übermässigen Zinsen etwa freywillig angebothen, oder als eine Provision [yy]), oder als Conventional-Poen, oder vermöge Vergleichs [zz]), oder für die Mühwaltung, oder un-



ss) *L. 2. D. de L. Iulia de annona.*

tt) Reichsabschied von 1600. §. 139. und von 1654. §. 174.

uu) Reichsabschied von 1577. *Tit. 17.* §. 8.

xx) RIVINUS *in Diss. de priuat. in principem vsurar. prauitat. reo. Lips. 1725.*

yy) R. A. von 1577. a. O. Man pfleget es inzwischen nach dem Gerichtsbrauch nicht für Wucherey zu halten, wenn etwa sofort bey der Anleihe der Schuldner seinem Gläubiger ein verhältnißmässiges Douceur von freyen Stücken gemacht haben sollte. WERNHER *P. 6. Obs. 459.*

zz) WALCH *Diss. de vsurar. prauitat. sub palliat. transact. Ien. 1773.*

ter dem Vorwande, daß die Gelder einem dritten zugehören, bezahlet, oder ob der Wucher sonst unter einem andern Schein [aaa]) ausgeübet worden sey [bbb]). Es ist auch ferner billig für einerley zu halten, ob die übermässigen Zinsen voraus, oder in dem bestimmten Zahlungs-Termin, bezahlet worden, wenn nur anders unmässige und gesetzwidrige Zinsen erweislich, würklich erhoben worden sind [ccc])? Alle Contracte, in soferne sie sich auf Wucherey beziehen, werden durch die angeführten Reichsgesetze schlechterdings für ungültig erkläret, eine jede Obrigkeit aber soll dahin angewiesen seyn, über die Abstellung alles wucherlichen Handels von Amtswegen zu halten. Würde sie hierunter säumig verfahren, so soll sie in eine Strafe von zwey bis vier Mark löthigen Goldes verfallen seyn. Ueberdieß soll der Wucherer mit dem

aaa) So wenig auch ein pactum de retrouendendo an sich betrachtet zu einer Art von Wucherey zu rechnen, so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß das Gegentheil billig sodann anzunehmen sey, wenn man bewiesenermassen nur darum den Ausdruck: Wiederkauf gebrauchet hat, um die Wucherey mit desto grösserem Schein ausüben zu können. SCHORCH *Sent. 30.* Eine Prämie inzwischen, die man unter dem Vorwande einer Assecuranz auf des Schuldners Leben, zumahl, wenn letzterer annoch minderjährig, oder von weniger Einsicht seyn mögte, erhebet, ist, der Regel nach, als eine unerlaubte und höchststrafbare Wucherey anzusehen, wenn die Prämie gleich endlich versprochen worden.

bbb) REINHARTH *Diss. de vsurar. prauitat. tam vera et palliat. quam putatiu. siue imaginaria. Erford. 1727. §. 33.*

ccc) REINHARTH *c. l. §. 33.*

dem Verlust des vierten Theils der Hauptsumme, oder seines angeliehenen Capitals bestrafet werden, und solcher zur Hälfte seiner zuständigen Obrigkeit, zur andern Hälfte aber derjenigen Obrigkeit, worunter der arme Mann, gegen den der Wucher ausgeübet worden, wohnet, anheim fallen. Ein solcher Wucher besonders, der in einer unerlaubten Auf- und Vorkäuferey bestehet, soll nach den Reichsgesetzen [ddd]) nicht allein mit dem Verlust der aufgekauften Waaren, sondern auch mit der Einziehung des anderweitigen Vermögens des Wucherers bestrafet werden. Das solchergestalt eingezogene Guth, wiewohl mit Ausschluß des vierten Theils desselben, als welcher dem Denuntianten gebühret, soll der zuständigen peinlichen Gerichtsobrigkeit anheim fallen. Es sollen auch die Auf- und Vorkäufer nach den angeführten Reichsgesetzen des Landes verwiesen, diejenige Obrigkeit aber, die die Auf- und Vorkäuferey, von der sie gleichwohl hinlängliche Wissenschaft gehabt, nicht nach allem Vermögen zu steuren gesuchet hat, soll zur Erlegung einer nahmhaften Geldbusse verurtheilet werden.

Der Gerichtsgebrauch bleibet in Absicht der Grösse erlaubter Zinsen bey der Vorschrift der Reichsgesetze, nach welchen fünf von hundert nur eine rechtmässige Zinszahlung ausmachen. Obzwar die Reichsgesetze eigentlich nur von Verzugszinsen, nicht aber von solchen, die Vertragsweise fest-



*ddd*) Die Reichs-Policey-Ordnungen von 1548. Tit. 18. §. 2. und von 1577. Tit. 18. §. 1.

festgesetzet worden sind, reden, wenn sie die Grösse derselben zu fünf pro Cent bestimmen, auch eigentlich nur auf die durch den dreyssigjährigen Krieg entstandene Verarmung vieler Leute eine Beziehung haben [eee]), so pflegen dennoch überhaupt nach dem Gerichtsbrauch durch Urthel und Recht nur fünf, nicht aber sechs pro Cent, an Zinsen zugestanden zu werden [fff]). Es ist inzwischen die Erhebung des sechsten Zinsthalers nach dem gemeinen Gerichtsgebrauch in Deutschland, so wenig für eine eigentliche Wucherey anzusehen und zu bestrafen [ggg]), als um deswillen die sogenannte Condictio indebiti zugelassen zu werden pfleget [hhh]). Unter denjenigen Umständen, da entweder aller Vortheil auf der Seite des Schuld-

*eee*) Meyer von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers.

*fff*) LAUTERBACH *Vol.* 2. *Conf.* 173. *n.* 12. *seq.* und *Vol.* 3. *Conf.* 210. *n.* 53. Auch unter Kaufleuten pflegen, der Regel nach, keine höhere Zinsen, als zu fünf pro Cent, zugestanden zu werden. FAB. *in Cod. Lib.* 4. *T.* 24. *Def.* 2.

*ggg*) STRYCK *in vsu modern. Tit. de vsur.* §. 11. Die gegentheilige Meynung behauptet BROCKES *Obs.* 312.

*hhh*) *de* CRAMER *T.* 1. *Obs.* 100. §. 2. *Tom.* 2. *Obs.* 710. *Tom.* 4. *Obs.* 1005. Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 133. BODINVS *de vsur. licit. vltra quincunces.* MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illustrat. Cent.* 2. *Iud.* 90. *Cent.* 3. *Iud.* 61. Das Gegentheil behaupten inzwischen LEYSER *Spec.* 245. *n.* 9. HELLFELD *in Iurispr. forens.* §. 1133. SCHIERSCHMID *Progr. de vsuris vltra quincunces licet promissis non exigendis. Erlang.* 1764.

Schuldners, oder auch eine besondere Gefahr auf der Seite des Ausleihers, vorhanden ist, wohin besonders Assecuranzen, Bodmerie und Leibrenten-Contracte, wie auch die Fälle, da zu Kriegszeiten, oder bey anderm Unglück Geld geliehen worden, gehören, pflegen auch noch heutiges Tages diejenigen Zinsen, die über fünf pro Cent gehen, nicht für Wucherey angesehen zu werden [iii]). Ob diejenigen Fälle, da nach dem Römischen Recht höhere Zinsen, und besonders zwölf pro Cent erlaubt waren [kkk]), noch heutiges Tages in Anwendung kommen? ist eine Frage, die zwar von einigen [lll]) bejahet, von andern aber [mmm]) mit mehreren Grunde verneinet wird [nnn]). Obwohl einige Rechtslehrer wegen des Nahmens der Zinsen von Zinsen,

iii) *L. 1. D. de nautic. foen. L. 1.* und *4. C. de redit. vitalit.* COTHMANN *Resp. 52. n. 188.* GROLMANN *de Iure assecurationis vulgo* von *Assecurantz*-Recht. *Gieß. 1708.* LYNCK *de reditu vitalitio.*

kkk) *L. fin. C. de vsur. rei iudicat. L. 1. C. de vsur. pupill. L. 38. de negot. gest. L. 54. de administr. tut. L. 3. C. arbitr. tutel. L. 4. C. de aedific. priuat. L. 23.* und *26. C. de vsur.*

lll) LEYSER *Spec. 244. n. 7.* WERNHER *P. 6. Obs. 316.* und *P. 10. Obs. 253.* HENNE *Comm. de vsurar. centesimar. vsu hodiern. in casib. Iure roman. expreß.* von Interessen zu 12 pro Cent *ad fori vsum accommodat. Erford. 1742.*

mmm) BRVNNEM. *ad L. fin. C. de vsur. rei iudicat.* HVBER *ad Pandect. Tit. de vsur. §. 20.* Struben im ersten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 123.

nnn) *Arg. L. 1. C. de Sentent. L. 26. C. de vsur.*

Zinsen, und der sogenannten vsurarum vltra alterum tantum behaupten, daß es bey der angezogenen Vorschrift des Römischen Rechts auch noch heutiges Tages das Bewenden behalten müsse [ooo]), so machen gleichwohl andere hierunter verschiedene Einschränkungen. Denn, was besonders die vsuras vsurarum anlanget, so wollen die Mehresten einen Unterschied gemacht wissen, ob von den angeschwollenen Zinsen mit Bewilligung des Schuldners ein besonderes zinsbares Capital gemacht, oder, ob vielmehr von dem Gläubiger die rückständigen Zinsen eigenmächtig zu einem besonderen Capital geschlagen, und davon alle Jahre wieder Zinsen berechnet werden. Das erste hält man nach dem Gerichtsgebrauch für erlaubt, das andere aber nicht [ppp]). Allein, ausser den oben bereits angezogenen Fällen, in welchen selbst nach dem Römischen Recht vsurae vsurarum erlaubt sind, wollen andere Rechtslehrer, daß, da heutiges Tages das odium vsurarum wegfalle, die Beantwortung der Frage: Ob das Nehmen der Zinsen von Zinsen erlaubt sey? lediglich dem Ermessen eines vernünftigen Richters überlassen bleibe [qqq]).

Was

ooo) TENTZEL *de eo quod iustum est circa vsuras vltra alterum tantum. Erford. 1730.* LEYSER *Spec. 248. n. 1.*

ppp) MEV. *P. 4. Dec. 213.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 92. Obs. 5.* MANTZEL *de anatocismo licito vel illicito.* BAVER *Progr. de vsur. sorti imputand. Lips. 1760.*

qqq) AYRER *Diss. de arbitrio Iudicis circa vsuras pecun.*

Was nun aber besonders die Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, anlanget, so pfleget der Gerichtsgebrauch dasjenige, was ältere und neuere Römische Rechte davon verordnen, nur auf diejenigen vsuras vltra alterum tantum, die annoch bezahlet werden sollen, einzuschränken [rrr]. Denn diejenigen Zinsen, die der Gläubiger nach und nach erhalten hat, wenn sie gleich zusammengenommen, mehr als das Capital ausmachen mögten, ist der Gläubiger nicht schuldig, wieder herauszugeben, oder sich am Capital kürzen zu lassen [sss]. Ueberdieß hat es theils nach den Gesetzen, theils nach dem Gerichtsgebrauch keinen Zweifel, daß auch diejenigen Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, für rechtmässig zu halten sind, in soferne sie sich entweder auf einer re iudicata gründen [ttt], oder auch von Städten [uuu] und piis corporibus [xxx], die Rede, oder auch der

*pecun. mutuatit. Goet. 1750.* REINHARTH *de vsur. vsurar. licitis. Erford. 1726.*

*rrr)* STRYCK *in vs. modern. Tit. de vsur. §. 17.* RICHTER *P. 2. Dec. 74. seq.* PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 14. §. 4.*

*sss)* BOEHMER *T. 2. Resp. 804. n. 13.* SCHORCH *Sent. 45. n. 17.*

*ttt) Arg. L. 3. de vsur. rei iudicat.* MEV. *P. 7. Dec. 4.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 92.*

*uuu) Nouella 160.*

*xxx)* Obgleich die angezogene Novelle von piis corporibus nicht insbesondere redet, so wollen gleichwohl verschiedene Rechtslehrer dieselbe auch auf pia corpora angewandt wissen. MEV. *P. 7. Dec. 136.* BER-

der Gläubiger zu beweisen im Stande ist, daß er von seiner Seite alles gethan habe, um die Zinsen zu rechter Zeit zu erhalten, und daß solche gleichwohl ohne sein Verschulden angeschwollen seyn [yyv]), oder endlich die über den Hauptstuhl gehende Zinsen mit Bewilligung des Schuldners zu

BERGER in *Oeconom. Iur. p. 762.* LEYSER *Spec. 248. n. 2.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l. Obs. 6.* TORNOV. *de feud. Meckl. P. 1. c. 3. Sect. 6. §. 13.* Im Fall inzwischen über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entstanden, pfleget man, besonders in Mecklenburg, den piis corporibus die Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, an dem Ort, wo sie ihr Capital erhalten, nicht zu zugestehen, vielmehr solche unter die blossen Buchschuldner zu classificiren, obwohl die bekannte Landes-Constitution von 1646. in den Worten, daß, an welchem Ort der Urthel jemanden das Capital zuerkannt, an selbigem Ort er auch der darauf rechtmäßig betagten Zinsen vollkommlich bis zur Zahlung fähig seyn solle, das Gegentheil vorzuschreiben scheinen. Es leidet inzwischen der angezogene Satz nach dem Mecklenburgischen Gerichtsbrauch sodann eine Einschränkung, wenn die einem pio corpori gebührenden Zinsen bereits vor ausgebrochenem Concurse vsque ad alterum tantum angestiegen seyn sollten, s. MANTZEL *Diss. de Iurib. singular. in Megapoli circa processum concursus creditorum §. 27.*

*yyv)* HERT. *Vol. 1. Resp. 461. n. 7. 8.* PVFENDORF *c. l.* Struben in dem ersten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 133. MEV. *P. 7. Dec. 4.* Die gegenseitige Meynung behauptet LEYSER *Spec. 248. n. 4. 5. 6*, andere aber wollen, daß, wenn die mora facta litis contestatione vorhanden, sodann auch solche Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, keinen Zweifel litten. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l. Obs. 6.*

zu einem besonderen Capital, das wieder Zinsen trägt, gemacht seyn mögten [zzz]). So wenig nun die mehresten Rechtslehrer die Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, ausser den angezogenen Fällen, für rechtmässig erkennen, und dieselben auch sodann verwerfen, wenn sie gleich, vermöge eines erweislich habenden Interesse, gefodert werden mögten [aaaa]), so bezeugen gleichwohl andere, mittelst Anführung von Präjudicien, daß überhaupt vsurae vltra alterum tantum heutiges Tages nicht mehr für unrechtmässig gehalten, vielmehr sogar durch Urthel und Recht, selbst bey den höchsten Reichsgerichten, zuerkannt zu werden pflegen [bbbb]). Es ist inzwischen bey Annahme dieser Meynung unter allen Umständen die Einschränkung zu machen, daß der Schuldner noch im Stande sey zu bezahlen, und um deswillen pflegen bey ausgebrochenem Concurse diejenigen Zinsen, die während des Concurses den Hauptstuhl übersteigen, nicht zugesprochen zu werden [cccc]).

Im

zzz) LUDWIG *de different. Iur. rom. et german. in vsuris praesertim vltra alterum tantum.*

aaaa) WERNHER *de vsur. per mod. interesse vltra alterum tantum non exigend. Viteb. 1711.* LEYSER *Spec. 248. Coroll. 1.* und *Spec. 250. n. 3.*

bbbb) CRAMER *Tom. 1. Obs. 23. §. 6.* und *Obs. 102.* Struben in dem dritten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 33.

cccc) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* DVLLAEVS *de eo quod iustum est circa vsuras in concursu creditorum. Duisb. 1715.* MANTZEL *de iurib. singularib. in Megapoli circa processs. concursus creditorum §. 27.*

Im übrigen aber kann es keinen erheblichen Zweifeln unterworfen seyn, daß auch bey einer unter Lebendigen geschehenen Schenkung [dddd]), bey einer Conventional-Poen [eeee]), und bey conferendis nach angetretener Erbschaft [ffff]), die Verzugszinsen anwendlich werden, und daß dazu der Schenkende, oder Schuldner allerdings gehalten bleibe, in soferne einem, oder andern bewiesenermassen eine Säumniß zu Schulden kommen mögte. Bey den Verzugszinsen kommt es auch auf den Stand des Schuldners nicht an, vielmehr müssen sogar öffentliche Cassen Zinsen bezahlen, wenn sie in der Bezahlung säumig sind [gggg]). Obgleich es keinem Zweifel unterworfen ist, daß, in soferne die Zinsen sich in einer vorgängigen Verabredung [hhhh]), oder

dddd) BREVNING *de vsuris ex mora in donat. Lips. 1767.* OELTZE *an et quatenus vsurae ex mora a quantitatis donatore exigi possint secundum Ius romanum et hodiernum in Germania. Ien. 1768.*

eeee) Cramer, ob von den *poenis conuentionalibus vsurae* gefodert werden können, s. dessen Wetzlarsche Nebenstunden *P. 118. n. 7.*

ffff) ZOLLER *Diss. ex quo tempore vsurae conferendorum sint pendendae. Lips. 1767.*

gggg) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 16.

hhhh) Auch solche facta, die von der Einwilligung zeugen, genügen, um eine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung annehmen zu können. SALOMON *de vsuris sine conuentione consensu praestitis. Argent. 1739.* Doch gebühren die Verzugszinsen, nach dem Zeugniß angesehener Rechtslehrer, nur von der Zeit an, da die Schuld selbst liquide geworden, s. Struben im 5ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 82.

oder in der Säumniß des Schuldners gründen, dieselben im Wege Rechtens allerdings gefodert werden können, so pflegen sich inzwischen überhaupt bey den Geldern der Minderjährigen [iiii]), der Kirchen und Communen [kkkk]), und denjenigen, die fremde Gelder mala fide gebrauchet haben, die gewöhnlichen Zinsen zu fünf pro Cent von selbst zu verstehen [llll]), und als stillschweigend versprochen angenommen zu werden. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pflegen sogar zuweilen, nach dem Ermessen des Richters, bewandten Umständen nach, Zinsen zugebilliget zu werden, wenn sie sich gleich nicht in einer vorgängigen Verabredung, oder Säumniß gründen mögten, oder auch keiner von den bemerkten Fällen vorhanden wäre, vielmehr lediglich die Billigkeit die Bezahlung der Zinsen rechtfertigen dürfte [mmmm]).

In Ermangelung besonderer Landesgesetze behält es bey derjenigen Strafe, die in den Reichsgesetzen der Wucherey wegen vorgeschrieben worden, näm-

iiii) *L. 17. §. 3. de vsur.* BEVTHER *de vsur. pupillar.*

kkkk) *Nouella 160.*

llll) Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n.* 139.

mmmm) CRAMER *Tom. 4. Obs. 1238.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 8. Th. 9. n. 3.* DORETT. *de iustit. vsur. hodiern. vulgo Interesse. Lign. 1739.*

nämlich bey dem Verlust des vierten Theils des angeliehenen Capitals, das Bewenden, und solche ist vorschriftsmässig unter der Obrigkeit des Wucherers und des Schuldners zu vertheilen. Ueberdieß kann nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, nach dem Ermessen des Richters, nach der Grösse des Vorsatzes und des gestifteten Schadens auf eine nahmhafte Geldbusse, Gefängniß, oder wohl gar auf die Landesräumung erkannt werden [nnnn]). Da auch die Wucherey eigentlich nur sodann als vollbracht anzusehen ist, wenn die übermässigen Zinsen nicht allein Contractsweise festgesetzet und versprochen, sondern auch bereits würklich bezahlet worden sind [oooo]), so kann daher, im Fall das letztere nicht geschehen seyn sollte, nach der Strenge der Reichsgesetze auch nicht der Verlust des vierten Theils vom Capital statt finden. Es pfleget vielmehr wegen einer nicht vollbrachten Wucherey nur lediglich der Fiscal auf eine verhältnißmässige Bestrafung anzutragen, oder in dessen Entstehung zur Wahrnehmung seines Amts aufgefodert, und demnächst auf eine angemessene Geldbusse, oder Gefängnißstrafe, erkannt zu werden. Obzwar freylich der angebliche Wucherer mit seiner Vertheidigung wider die ihm gemachten Vor-

*nnnn*) CARPZOV. *q. 91. n. 29. q. 92. n. 29.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 8. Th. 11.*

*oooo*) MEV. *P. 8. Dec. 185.* WERNHER *P. 1. Obs. 299. Select. Iurid. Rostoch. fascic. 1. Spec. 14. q. 6.* LEYSER *Spec. 246. n. 6.*

Vorwürfe unter allen Umständen zu hören ist [pppp]), auch heutiges Tages, so wenig wegen des erhobenen sechsten Zinsthalers, als wegen der den Hauptstuhl übersteigenden Zinsen, und der von Zinsen geschehenen Wiederberechnung neuer Zinsen, von Amtswegen verfahren zu werden, oder eine förmliche Bestrafung nicht leichtlich zu geschehen pfleget; so hat es im übrigen gleichwohl keinen Zweifel, daß bey einer unläugbar getriebenen Wucherey eine jede Obrigkeit, da heutiges Tages jene nicht mehr zu den delictis ecclesiasticis gehöret [qqqq]), von Amtswegen verfahren und strafen könne, obwohl verschiedene angesehene Rechtslehrer mit Grunde behaupten, daß der blossen Wucherey wegen sehr selten eine Untersuchung und Bestrafung von Amtswegen verfüget werde [rrrr]). Weil inzwischen die Reichsgesetze nur den Verlust des vierten Theils vom Capital vorschreiben, und solchen den Erb- oder bürgerlichen Gerichten zutheilen, so kann auch, wenn jene Strafe statt findet, während der Untersuchung, so wenig zur Inhaftirung, als zur besonderen Inquisition geschritten werden, sondern es ist vielmehr nur lediglich eine summarische Un-

 ter-

pppp) HERMANN *Diss. de causis usurae vitium purgantibus. Wirceb. 1738.*

qqqq) KOCH *Institutiones Iuris Criminalis §. 625.*

rrrr) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 92. Obs. 4.* BREVNING *Diss. an usuraria prauitas hodie sit delictum publicum. Lips. 1771.*

tersuchung zu veranstalten, und demnächst das Behufige zu erkennen [ssss]). Würde inzwischen jene Strafe nicht zur Anwendung kommen können, und der Wucherer vielleicht ein Vagabunde seyn, so ist auch die Inhaftirung während der Untersuchung eben so unbedenklich [tttt]), als die Anstellung der Special-Inquisition zweifelhaft, wenn entweder gravirende Umstände vorhanden seyn, oder auch der Zusammenlauf anderer, besonders peinlicher Verbrechen die Special-Inquisition an sich gegründet machen sollten [uuuu]). Daß inzwischen, so wenig die in dem Canonischen Recht befindlichen Vorschriften [xxxx]), als die im Römischen Recht der Wucherey halben bestimmte Ehrlosigkeit heutiges Tages ferner in Anwendung komme, ist, nach dem Gerichtsbrauch, keinem Zweifel unterworfen [yyyy]).

Derjenige Schuldner, der durch die gegen ihn bewiesene Wucherey in Schaden gesetzet worden, kann in Gemäßheit der Vorschriften des Römischen Rechts wegen der bezahlten übermäßsigen Zinsen, nach dem heutigen Gerichtsbrauch, nicht allein condictionem indebiti anstellen, sondern

ssss) LEYSER *Spec. 246. n. 2.*

tttt) MEV. *P. 1. Dec. 177.* und *P. 5. Dec. 75. de* BOEHMER *ad art. 11. CC. §. 2.*

uuuu) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 107. Obs. 1.*

xxxx) PESTEL *Diss. fons errorum de odio usurarum legitimo inuestigatus et obstructus. Rintel. 1753.*

yyyy) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 92. Obs. 4.*

dern auch allenfals die bezahlten ungebührlichen Zinsen sofort vom Capital abziehen [zzzz]). Daß auch ein jeder Contract, in soferne er sich auf Wucherey beziehet [aaaaa]), kraftloß und unverbindlich sey [bbbbb]), und den Wucherer und seinen Erben daher die exceptio vsurariae prauitatis, die durch den gewöhnlichen Zeitraum, da sonst andere Rechtsbehelfe erlöschen, nicht verlohren gehet [ccccc]), noch sogar selbst bey der Execution in Anrege gebracht werden kann [ddddd]), unter allen Umständen entgegenstehe, leidet keinen Zweifel. Weil auch alle und jede Verträge, die den Gesetzen

 und

zzzz) REINHARTH *Diss. de vsurar. prauitat. tam vera et palliat. quam putatiu. siue imaginar. Erford.* 1727. §. 26.

aaaaa) Diejenigen Stellen des Contracts inzwischen, die sich nicht auf Wucherey beziehen, haben allerdings eine verbindliche Kraft. *L. 9. pr. de vsur. L. 8. C. si cert. petatur.* LEYSER *Spec. 246. n. 7.* GAIL *Lib. 2. Obs. 4.* Cramer in den Wetzlarschen Nebenstunden Th. 19. *n.* 3. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 92. Obs.* 4.

bbbbb) R. A. von 1577. Tit. 17. §. 8. Allen Richtern geistlichen und weltlichen gebiethend, wenn solche wucherliche *Contracte* und *Partiten* für sie bracht, daß sie dieselben unwürdig, kraftloß und unbündig erkennen und auf solche *Contract* keine *Exsecution*, oder Vollziehung thun, oder verhelfen.

ccccc) MANTZEL *de probat. except. non numerat. pecun.* §. 32. *n.* 6.

ddddd) *c. 18. X. de vsur.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 8. Th. 11. n. 4.*

und guten Sitten zuwider, an sich unverbindlich sind [eeeee]), so kann auch der Schuldner, ohngeachtet der von ihm auf die feyerlichste Weise geschehenen Begebung der exceptionis vsurariae prauitatis, dieselbe gleichwohl in Anregung bringen [fffff]). Obzwar bey sonst unbescholtenen Leuten kein wucherliches Gewerbe zu vermuthen stehet [ggggg]); so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß der Schuldner, in Ermangelung hinlänglicher Beweisthümer, sich wider denjenigen, den er getriebener Wucherey beschuldiget, in soferne sein Angeben anders nicht von allem Schein entblösset seyn sollte, der Eydesdelation bedienen könne [hhhhh]).

Wie nach gemeinem Rechte die Erhebung des sechsten Zinsthalers nicht für Wucherey angesehen zu werden pfleget, so ist solches besonders von **Mecklenburg** zu behaupten [iiiii]). Es hat daher

eeeee) *L. 27. §. 3. de pact. L. 5. C. de legib.*

fffff) LEYSER *Spec. 246. n. 8.* MARTINI *in Processſ. Tit. 39. §. 1.*

ggggg) MASCARD. *de probat. Vol. 1. Concl. 447. n. 19.*

hhhhh) DEINLIN *de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito. Alt. 1739.*

iiiii) Die Mecklenburgische Policey-Ordnung von 1572. Tit. von wucherlichen Contracten. Die Landes-Constitution von 1655. Herr Justitzrath Martini von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers in Rücksicht auf die Mecklenburgischen Landesgesetze, s. die gelehrten Bey-

daher auch in hiesigen Landen wegen bezahlter Zinsen zu sechs pro Cent keine condictio indebiti statt [kkkkk]), und wegen der Grösse und Beschaffenheit der Zinsen hat es in Mecklenburg bey demjenigen, was davon nach dem gemeinen Gerichtsgebrauch angemerket worden, lediglich das Bewenden. Die Strafe der Wucherey, die in den Reichsgesetzen bestimmet worden, soll nach Vorschrift der Landesgesetze [lllll]) ebenfals in Anwendung kommen, und es fehlet in Gemäßheit der-



Beyträge zu den Mecklenburg-Schwerinschen Nachrichten von 1776. das 17. 19. 20. und 21ste Stück, und von 1777. das 13. und 14te Stück.

kkkkk) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 3. Iud. 61-* und *Cent. 2. Iud. 91.* Daß die ergangene Herzogl. Resolution von 1667., nach welcher in dem Fall, da der Schuldner in gehöriger Abtragung der versprochenen Zinsen säumig erfunden wird, die etwa in der Verschreibung festgesetzten sechs pro Cent begehret werden können, nicht ausser Anwendung gekommen sey, vielmehr nach dem Gerichtsgebrauch in hiesigen Landen a tempore morae der sechste Zinsthaler, in soferne er sich anders in der Verschreibung gründet, als eine Conventional-Poen annoch gerichtlich gefodert und zugesprochen werde, zeiget durch ein neueres Beyspiel bey einem der höchsten hiesigen Landesgerichte mein Höchstgeehrtester College, Herr Justitzrath Martini in dem Nachtrag zur angezogenen Abhandlung, s. die gelehrten Beyträge zu den Meckl. Schwerinschen Nachrichten von 1778. im 11ten und 12ten Stück.

lllll) Die angeführte Mecklenburgische Policey-Ordnung von 1572.

selben nicht an Beyspielen, da solchergestalt würklich erkannt worden [mmmmmm]). Der Wucher, der durch Auf- und Vorkäuferey von Wolle, Oel, Honig und anderer zum menschlichen Leben unumgänglich nothwendigen Dinge getrieben wird, soll nach verschiedenen Landesgesetzen [nnnnn]) nicht allein mit dem Verlust der solchergestalt aufgekauften Sachen und überdieß mit einer beträchtlichen Geldbusse bestrafet, sondern auch demjenigen, der ihn entdecket, der dritte Theil von den eingezogenen Waaren zugebilliget werden. Auch die neueren Landesgesetze [ooooo]) wollen, daß Auf- und Vorkäuferey von niemand getrieben, und von keiner Obrigkeit geduldet werden solle.

mmmmmm) *Select. Iurid. fascic. 1. Spec. 8. q. 6.*

nnnnn) Die Landes-Constitutionen von den Jahren 1661. 1698. 1702. und 1705.

ooooo) Der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich von 1755. §. 255.

# X.

## Ob die Erben eines Vormundes, wenn wider dieselben auf Ablegung der von jenem geführten Rechnungen geklaget wird, zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwissenheit zu zulassen, zumahl, wenn nach aufgehobener Vormundschaft ein fast dreyßigjähriger Zeitraum verflossen wäre?

Wenn gleich der Satz, daß die Erben eines Vormundes zur Erfüllung aller und jeder Verbindlichkeiten desselben und zur Ersetzung aller von ihm gewirkten Schäden und Kosten gehalten werden, zu solchen Rechtswahrheiten, die nur wenige Einschränkungen zulassen, gehöret, so kann dennoch, allem Anschein nach, daher kein genugsamer Grund zur Verneinung der von mir aufgeworfenen Frage hergenommen werden. Denn, die den Erben aufliegende Verbindlichkeit, ihres Erblassers unvollendet gebliebene facta zu erfüllen, setzet immer voraus, daß nicht von solchen Geschäften die Rede sey, die ihrer Natur nach eine besondere Kenntniß und Fähigkeit, die bey Erben nicht zu vermuthen, erfordern. Denn, in einem solchen Falle, oder unter solchen Umständen, ist ein Erbe mit der Entschuldigung, die er von dem Mangel hinlänglicher Nachrichten, oder von seiner Unwissenheit in den Geschäften

seines Erblassers hernimmt, um so mehr zu hören, als die leztere bey einem Erben billig, und der Regel nach zu vermuthen ist [a]). Vermöge dieser Grundsätze könnten daher die Erben eines Vormundes, wenn sie zur Ablegung und Rechtfertigung der von diesem geführten Rechnungen, zumahl nach einem Ablauf von zwanzig und mehreren Jahren aufgefodert würden, allem Ansehen nach, sich um so mehr mit ihrer Unwissenheit und dem Mangel hinlänglicher Nachrichten entschuldigen, als jene eine genaue und vollständige Wissenschaft von allen und jeden Umständen und ihrem eigentlichen Zusammenhange voraussetzet, und ohne dieselbe nicht füglich geschehen kann. Da nun das leztere ein jeder einräumen muß, so scheinet auch eine wider die Erben auf Justificirung der vormundschaftlichen Rechnungen ihres Erblassers gerichtete Klage wenigstens so lange keine Aufmerksamkeit zu verdienen, als jener genugsame Kenntniß von den vormundschaftlichen Geschäften noch nicht völlig ausser allen Streit gesetzet worden. Die Erben eines Vormundes müssen vielmehr, allem Ansehen nach, wo nicht von der angestellten Klage sofort entbunden, doch wenigstens nur zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwissenheit angehalten und demnächst freygesprochen werden. Die Anwendung dieser Grundsätze scheinet

a) *L. 42. D. de Reg. Iur.* Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. MEVIUS *P. 7. Dec. 238. n. 2.* Haeres quippe probabilem rerum a defuncto gestarum habet ignorantiam.

scheinet auch besonders in dem Fall, da der ehemahlige Mündling bey Lebzeiten seines Vormundes die Klage auf Ablegung der Rechnungen füglich wider ihn hätte anstellen können, solche aber bis nach seinem Tode und vielleicht zwanzig und mehrere Jahre nach demselben verschoben hat, um so mehr ihre unbestrittene Richtigkeit zu haben, als nicht allein dem Pupillen, oder seinen Erben solchergestalt ein hoher Grad der Fahrlässigkeit zu Schulden kommt, sondern auch überdieß nach der bewährtesten Rechtslehrer Zeugniß, von demjenigen, der bis nach seines Schuldners Tode mit Anstellung seiner Klage wartet, die er gleichwohl bey desselben Lebzeiten füglich hätte anstellen können, betrügliche Absichten, oder, daß er von der Unwissenheit der Erben unerlaubte Vortheile zu ziehen suche, billig zu vermuthen sind [b]). Da auch das iuramentum in litem wider Erben eigentlich nur in dem Fall, wenn ihr eigener dolus ausser Streit gesetzet worden, platzgreiflich werden kann [c]), letzterer aber unter den angezogenen Umständen nicht einmahl scheinbar ist, weniger als gewiß und erwiesen vorausgesetzet werden kann, so

b) MEV. *P. 4. Dec. 110. n. 6.* Qui viuo debitore petere potuit, petitionem autem, donec moritur, distulit, fraudis suspectus est et praesumitur haeredibus vt minus informatis insidiari.

c) *L. 4. C. de in lit. iurando* v. alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inuentarium caeteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum aduersus se potest admittere: at enim heres eius ita demum si reperta in hereditate, dolo malo non exhibeat. *L. 22. C. de poen.*

so dürfen auch die Erben, allem Ansehen nach, mit Grunde nicht besorgen, daß bey ihrer angezogenen Unwissenheit und darauf gegründeten Ablehnung der von ihnen verlangten Justificirung der vormundschaftlichen Rechnungen der Pupill wegen seiner angeblichen Zuständnisse zum Schätzungs-Eyde, oder zum iuramento in litem möge zugelassen werden. Gegentheils scheinet in dem angenommenen Fall nichts weiter übrig zu seyn, als einen kurzen Termin zur würklichen Ableistung des Eydes der Unwissenheit anzuberahmen, und demnächst die Erben, wenn sie solchen würklich abgeleistet haben, von der wider sie erhobenen Klage zu entbinden.

Allein, aller gegenseitigen Gründe ohngeachtet ist es dennoch eine durch den deutlichsten Ausspruch der Gesetze längst entschiedene und bestättigte Wahrheit, daß die den Pupillen und seinen Erben nach geendigter Vormundschaft zustehende Klage auf Ablegung der geführten Rechnungen auch wider die Erben des Vormundes mit gutem Grunde angestellet werden könne [d]). Einer solchen

d) *L. 1. pr.* und *§. 1. de fideiuss. et nominat. et hered. tut. et curat.* v. Quamuis heres tutoris tutor non est; tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis et masculus sit, explicari debent, in quibus dolus eius admitti potest. Quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet, quod apud pupillum is reliquerit, si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est et vtili actione hoc reddere compellitur. *L. 1. §. 16. de tutel. et rat. distrahend.* v. hanc actionem etiam in heredem tutoris

chen Klage können die letzteren, in soferne sie anders bisher in gutem Glauben versiret haben, nur die bereits völlig abgelaufene Verjährung [e]), keinesweges aber den Mangel ihrer eigenen Kenntnisse und Nachrichten entgegen setzen, wenn anders, wie sich von selbst verstehet, über die Frage: Ob sie auch würklich Erben von dem Vormunde geworden, und solchergestalt seine Facta prästiren müssen? keine gegründete Zweifel vorwalten [f]). Denn, wenn gleich bey Erben überhaupt keine hinlängliche Kenntniß und Wissenschaft von allen und jeden Geschäften ihres Erblassers vorauszusetzen, vielmehr bewandten Umständen nach das gerade Gegentheil zu vermuthen und anzunehmen ist, so können gleichwohl die

tutoris competere constat. *L. 12. D. de O. et A. L. 49. eod.* ex contractibus venientes actiones in heredes dantur. BOEHMER *de actionib. Sect. 2. c. 6. §. 17.*

*e)* Da der Pupill und seine Erben zur Anstellung ihrer Klage auf Ablegung der Vormundschafts-Rechnung einen dreyßigjährigen Zeitraum haben; *L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.* so können auch die Erben eines Vormundes darin für sich keinen Schutz finden, daß der Pupill, oder seine Erben zwanzig Jahre und darüber mit Anstellung der actionis ad reddendas rationes gezögert haben. Es sind sogar angesehene Rechtslehrer, die einem Vormund, der seine Pflichten vernachläßiget und keine Rechnungen abgeleget hat, keine Verjährung zu gute gerechnet wissen wollen, sondern gegentheils annoch binnen einem Zeitraum von dreyßig Jahren die Klage wider ihn zulassen. MEV. *P. 7. Dec. 173.* CRAMER *Tom. 4. Obs. 1035.*

*f)* WERNHER *Tom. 3. P. 2. Obs. 453.*

die Erben eines Vormundes daher keine Gründe zu ihrer Befreyung von der Justificirung der Rechnungen hernehmen, weil ihnen aus den Gesetzen bekannt seyn mußte, daß sie wegen der von ihrem Erblasser geführten Vormundschaft rechtlicher Art nach besprochen und zur Verantwortung gezogen werden könnten. In dieser Hinsicht, und wenn die Erben das leztere entweder gänzlich, oder wenigstens allen daher zu befahrenden Nachtheil, hätten vermeiden wollen, würde es ihre Schuldigkeit gewesen seyn, sich entweder der ganzen Erbschaft zu rechter Zeit zu begeben, oder sich auch um Nachrichten wegen der vormundschaftlichen Rechnungen in Zeiten zu bewerben, und demnächst den ehemahligen Pupillen zur Wahrnehmung seiner vermeinten Zuständnisse allenfals gerichtlich aufzufodern. Würden aber gegentheils die Erben des Vormundes, ohne das eine, oder andere beobachtet zu haben, lediglich bey ihrer Behauptung, daß es ihnen unmöglich sey, die Justificirung der vormundschaftlichen Rechnungen zu beschaffen, beharren, und könnten sie sich durch Vorzeigung des aufgenommenen Inventariums nicht von aller ferneren Ansprache, in soferne leztere die Kräfte der Erbschaft übersteiget, befreyen, so ist auch der ehemahlige Pupill zur eydlichen Erhärtung seiner Zuständnisse, oder zu dem iuramento in litem, billig zu zulassen. Diese Zulassung zum iuramento in litem kann sodann besonders noch wenigeren Zweifel haben, wenn der Erblasser durch die Uebergabe der Vormundschafts-Rechnungen bey seinem Leben vielleicht schon den Krieg

Rech-

Rechtens befestiget hätte, allein ohne Justificirung derselben oder ohne Widerlegung der gemachten Erinnerungen verstorben wäre [g]).

Weil daher der Einwand, den die Erben eines Vormundes von ihrer Unwissenheit in den vormundschaftlichen Geschäften hernehmen, und den sie besonders der wider sie angestellten Klage auf Justificirung der vormundschaftlichen Rechnungen entgegen zu setzen meynen, an und für sich widerrechtlich und folglich unstatthaft ist, so kann auch der geführte Beweis der Unwissenheit, oder allenfals die eydliche Erhärtung derselben, in keinen Betracht kommen. Es sind vielmehr, weil bekannten Rechten nach, in dem Falle, da die Unstatthaftigkeit der gemachten Einreden sofort auffallend und einleuchtend ist, unbedingte Befehle erlassen werden können [h]), die Erben des Vormundes mit ihrem rechtsflüchtigen Einwand, den sie von ihrer angeblichen Unwissenheit hernehmen, sofort abzuweisen, und es ist denselben die Justificirung der vormundschaftlichen Rechnungen nach vorgängiger Ersetzung der durch ihre bisherige Zögerung dem Gegentheil verursachten Kosten schlechterdings aufzugeben.

So wenig nun zwar die Erben eines Vormundes sich der Justificirung der von ihrem Erblasser

g) *L. 4. C. de in lit. iurand. L. vn. C. ex delict. defunct. in quant. hered. L. 1. C. de hered. tut. vel curat.* WERNHER *Tom. 2. P. 9. Obs. 88.* und *Tom. 2. P. 2. Obs. 253.*

h) Claproth in der Einleitung in sämtliche summarische Processe S. 32.

lasser geführten Vormundschafts-Rechnungen entziehen können, und so wenig sie auch mit ihrer angeblichen Unwissenheit zu hören sind, so können dieselben gleichwohl mit gutem Grunde von dem Kläger die Herausgabe der sämtlichen auf die geführte Vormundschaft sich beziehenden Schriften vorher verlangen, und sogar auf eine eydliche Erhärtung, daß letztere getreulich abgeliefert worden, antragen. Es kann auch hiebey auf die Beybringung näherer Beweise, daß der Kläger solche Schriften würklich in Händen habe, um so weniger ankommen, als dazu nicht allein eine jede scheinbare Ursache genüget, sondern auch dem Kläger sogar im Leugnungsfall mit gutem Grunde darüber der Eyd deferiret werden kann [i]). Es gehöret auch sogar zu den Pflichten des Richters, sofort bey demjenigen Erkenntnisse, in welchem er den Erben des Vormundes die Justificirung der von dem letzteren geführten Rechnungen aufgiebet, dem Kläger zugleich die getreuliche Ablieferung der in Händen habenden und dem Beklagten vielleicht dienlichen Schriften aufzugeben [k]), wenn er anders, wie sich von selbst verstehet, das Daseyn solcher Schriften nach der Wahrscheinlichkeit voraussetzen kann. Auf diese Ableistung des iuramenti

i) LEYSER *Spec. 38. med. 2.* is, qui ab altero editionem documenti petit, non probare debet, eum id possidere, sed sufficit, vt saltem aliquam leuiorem praesumtionem offerat, vel etiam sine omni praesumtione iusiurandum deferat.

k) *L. 1. C. de edendo c. 10. X. de fide instrument.* LEYSER *Spec. 38. n. 2.*

ramenti editionis, können die Erben auch sodann noch bestehen, wenn auch die rechtskräftig gewordene Urthel, oder der in die Rechtskraft getretene Bescheid ihn nicht vorschreiben sollte, zumahl, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer, bey der aufgelegten Herausgabe gewisser Urkunden sich das iuramentum editionis von selbst, oder stillschweigend verstehet [l]), und daher durch die Urthel nicht allererst bestimmet werden darf.

l) BERGER *in Oeconomia Iuris Lib. 4. Tit. 24. Th. 14. n. 5.* Dieser schreibet hievon merklich: edere iussus leuatur, si quidem iuret, se documenta nec possidere, nec dolo desiisse possidere, daß er die gefoderten Documenta nicht habe, noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen. *L. vlt. C. de fid. instr.* namque editioni per sententiam, aut decretum dictatae, tacite ipsa iuris potestate cohaeret iusiurandum editionis, quamuis hoc non fuerit expressum: imo iuriiurando editionis etiam post contumaciam locus datur.

# XI.

## Ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe?

Den Unterschied unter einem mandato cum und sine libera [a]) pflegen viele darin zu setzen, daß derjenige, der nur letzteres hat, solche Geschäfte, die sonst ein mandatum speciale erfodern, nicht unternehmen, folglich nur in soferne veräussern könne, als entweder von blossen fructibus, oder solchen Dingen, die leichtlich der Verderbung ausgesetzet sind, die Rede sey [b]), derjenige aber, der ein sogenanntes mandatum cum libera hat, alles dasjenige, was sonst nur einem eigentlichen domino freystehet, verrichten könne. Nach dieser Lehre kann daher ein solcher, der ein mandatum cum libera hat, nicht allein bey eintreten.

a) Obzwar an und für sich sowohl ein mandatum generale, als speciale, sowohl ein mandatum iudiciale, als extra iudiciale, cum und sine libera seyn kann, s. Herr Hofrath Schmidt *in Institut. Iur. Ciu. Sect. 2. P. 1. Lib. 3. T. 3. c. 1. §. 1076.*, so ist hier gleichwohl besonders von einem mandato generali cum libera die Rede.

b) *L. 63. de Procurat.* Procurator tutorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles neque immobiles, neque seruus sine speciali domini mandato alienare potest: nisi fructus, aut alias res, quae facile corrumpi possunt.

tretender unumgänglichen Nothwendigkeit, sondern sogar bey anscheinendem Nutzen, eine Veräusserung der seinem Gewaltgeber zuständigen Sachen mit aller Gültigkeit vornehmen [c]), auch überhaupt alles dasjenige, wozu sonst ein mandatum speciale erfodert wird, verrichten [d]). Weil inzwischen eine Schenkung, oder Begebung gewisser Rechte nicht für eine solche Verwaltung der Geschäfte, wobey man die Einwilligung desjeni-

M 2 gen,

c) *L. 58. D. de procurat.* Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio mutare *§. 42. Inst. de R. D.* nihil autem interest, vtrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate eius alius, cui eius rei possessio permissa sit. *L. 9. §. 4. de A. R. D.* nihil autem interest, vtrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit, et tradiderit, facit eam accipientis.

d) *c. 4. de procurator. in 6.* qui ad agendum et defendendum, ac generaliter ad omnia (etiamsi mandatum exigant speciale) constituitur procurator, ex vi generalitatis huiusmodi ad aliquem articulum, in quo speciale mandatum exigitur, admitti non debet. Sed si aliquis, vel aliqui, de articulis speciale mandatum exigentibus specificati fuissent, adiecta clausula generali, tunc ad non expressos etiam admittetur. Procurator quoque absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere, vel pacisci non potest: nisi ei bonorum vel causae administratio libere sit concessa. STRYCK *in V. M. Tit. de procurat. §. 34.* Herr geheime Justitzrath BOEHMER *in Princip. Iur. Canonici §. 603.*

gen, dem sie angehen, voraussetzen kann [e]), anzusehen ist, so pfleget auch ein blosses mandatum cum libera dazu nicht für hinreichend geachtet zu werden.

Andere legen dem sogenannten mandato cum libera nur die Wirkung bey, daß um deswillen dieses, oder jenes Geschäft, das sonst ein speciale mandatum erfodert, zu Stande gebracht werden könne [f]). Sie halten daher bey Vollmachten, die Klausel: cum libera, von grossem Nutzen, damit der Gewaltnehmer bey etwa nicht geschehener Berührung dieser, oder jener Befugniß, sich dieselbe gleichwohl anmassen könne [g]).

Noch andere Rechtslehrer wollen, daß man bey Vollmachten nicht lediglich darauf, ob die sogenannte Klausel: cum libera, hinzugefüget, oder ausgelassen sey, sehen, sondern vielmehr alle und jede mit einschlagende Umstände in Erwägung ziehen, und darnach vornehmlich beurtheilen müsse, welche Rechte und Befugnisse der Gewaltgeber seinem Gewaltnehmer wahrscheinlich übertragen habe, und ob er dieses, oder jenes Geschäft, das letzterer, ohne besonderen Auftrag vorzunehmen willens ist, nach vernünftigen Gründen zu urtheilen, wenn er würklich gegenwärtig wäre, würde genehmigen können und müssen. So wenig nun nach diesen Grundsätzen, in Ermangelung

e) *L. 28. §. vlt. de pact. L. 7. pr. de donat.*

f) BARBOSA *de clauf. vf. freq. cl. 35. n. 10.*

g) WESENBEC. *in Paratit. Pandect. Tit. de procurat. n. 7.*

lung einer besonders dazu ertheilten Gewalt, die Befugniß zu schenken, oder etwas zu vergeben, vermuthet werden kann, so ist im übrigen die Entscheidung und Beantwortung der Frage: Ob der von einem Gewalthaber vermöge seines mandati cum libera geschlossene Vergleich bey dem Mangel einer dazu insbesondere ertheilten Gewalt gültig, oder ungültig sey? am meisten nach den bemerkten wahrscheinlichen Gründen von der Einwilligung des Principals zu machen [h]).

Noch andere wollen, besonders bey den mandatis iudicialibus die clausulam cum libera von keinem Nutzen geachtet wissen, sondern erfodern bey Ausrichtung dieser, oder jener Dinge von Wichtigkeit jederzeit ein mandatum speciale [i]).

Endlich verwerfen andere [k]) den ganzen Unterschied unter einem mandato generali cum und sine libera [l]), und wollen daher, daß einem Bevoll-



h) BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 1. Tit. 38. §. 9.*

i) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 9. Th. 2. n. 11.* STRYCK *in Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 11. §. 4.*

k) WERNHER *de clausula cum libera in mandat. extraiudicial. superflua. Viteb. 1705.*

l) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen- und Reichs-Processes, im ersten Theil, im 10ten Titel §. 49. schreibet merklich: "Die Worte "alles zu thun und zu lassen, was der Principal "in eigener Person selbst gegenwärtig thun, oder "lassen sollte, oder könnte, wirken nicht, daß der "Gewalthaber die besonderen Vorfallenheiten zu be- "sorgen vermag." BARTH *Diss. 27. §. 1.*

vollmächtigten, der mit dem ersteren versehen ist, nicht mehrere Gewalt, als demjenigen, der nur eine eingeschränkte Vollmacht hat, zustehe [m]). Denn, die Befugniß, einen Vergleich zu treffen, oder zu veräussern, stehet nach dieser Meynung so wenig dem ersteren, als dem letzteren zu [n]), in soferne nicht entweder ein mandatum speciale vorgezeiget werden kann, oder auch lediglich von fructibus, oder solchen Dingen, die der Verderbung leichtlich ausgesetzet sind, die Rede ist [o]). Mit der eben angeführten Einschränkung wollen diejenigen, die der letzteren Meynung zugethan sind [p]), die oben zum Beweis des Gegentheils angeführten Gesetze [q]) verstanden und erkläret wissen. Nach ihren Grundsätzen und Meynungen wird daher, ohngeachtet des etwa habenden mandati cum libera, eine ausdrückliche und besondere Vollmacht erfodert, wenn von der Begebung gewisser zuständigen Rechte [r]), von der Eydes-Delation

m) *L. 12. D. de pact.*

n) *L. 25. §. 5. de procurat. c. 61. de Reg. Iur. in 6.* CARPZOV. *P. 1. Const. 17. Def. 43.* Estor a. O. §. 50. Andere berühmte Rechtslehrer wollen, daß, so oft nach der Natur des vorzunehmenden Geschäfts specialis animi declaratio erfodert werde, auch eine besondere Vollmacht unumgänglich nöthig sey. MEV. *P. 8. Dec. 217. n. 2.*

o) *cit. L. 63. de procurat.*

p) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib. 3. Tit. 3. §. 8.*

q) *L. 58. de procurat. L. 9. §. 4. de A. R. D. §. 42. Inst. de R. D.*

r) *L. 60. de procurat. c. 9. X. de arbitr. c. 9. de procurat. in 6.*

tion [s]), Compromiß [t]), Recusation des Richters, Recognition gewisser Urkunden und Instrumente, Reassumirung eines Processes [u]), Bestellung eines andern Anwaldes vor der Kriegsbefestigung [x]), Anhaltung um Restitution [y]) und Ertheilung der vierten Frist, Hülfsvollstreckung und andern Vorkommenheiten, wodurch dem Gewaltgeber irgend ein Nachtheil von Erheblichkeit zuwachsen könnte, die Rede ist [z]).

Ob nun zwar sowohl diejenigen, welche die aufgeworfene Frage mit, oder ohne Einschränkung, bejahen, als diejenigen, die sie entweder schlechterdings, oder unter gewissen Umständen, verneinen, dieses, oder jenes Gesetz zur Begründung ihrer Behauptung anzuführen pflegen, so ergiebet gleichwohl eine nähere Prüfung, daß diejenigen Gesetze, die anscheinlich das sogenannte mandatum cum libera begünstigen, und demselben den effectum eines mandati specialis beylegen, eigentlich nicht sowohl von einem mandato cum libera überhaupt, wie es heutiges Tages ausgestellet zu werden pfleget, als vielmehr besonders von einer libera rerum, oder negotiorum administratione zu erklären sind. Nach

 dem

s) *c. 4. de procurat. in 6.*

t) *c. 9. X. de arbitr.*

u) FINCKELTHAVS. *Obs. 100. n. 24.*

x) *c. 3. de procurat. in 6.*

y) *c. 7. X. de R. I. I.*

z) Estor a. O. §. 50.

dem deutlichen Ausspruch verschiedener [aa]), zum Theil schon angeführter Gesetze [bb]) hat es nun zwar nicht den mindesten Zweifel, daß derjenige, der liberam rerum, vel negotiorum administrationem hat, alle diejenigen Geschäfte Nahmens seines Gewaltgebers verrichten könne, wozu sonst ein speciale mandatum erfodert zu werden pfleget; allein, die Hauptfrage bleibet immer diese: wer denn eigentlich für einen solchen Gewalthaber insbesondere zu halten sey? Ob sich nun zwar hierauf keine allgemeine und gerade auf alle und jede Fälle anwendliche Antwort füglich geben läßt, so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß insbesondere die Verweser ganzer Städte und Communen [cc]), Vor-

aa) *L. 17. §. 3. de Iureiur.* Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: Scilicet, si aut vniuersorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit. *L. 20. §. 1. de nouat.* pupillus sine tutoris auctoritate non potest nouare, tutor potest, si hoc pupillo expediat. item procurator omnium rerum. *L. 87. de Solut.* Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto: quoniam cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, vt creditoribus suis pecuniam soluat. Neque postea exspectandum est, vt ratum habeat.

bb) *L. 58. de procurat. L. 9. §. 4. de A. R. D.*

cc) *L. 12. C. de transact.* v. Praeses prouinciae existimabit, vtrum de dubia lite inter te et ciuitatis tuae administratores facta sit, an ambitiose id, quod indubitate deberi posset, remissum sit, nam priore casu ratam manere transactionem iubebit: posteriore vero casu nocere ciuitati gratiam non sinet.

Vormünder und Curatoren [dd]), ordentlich erwählte und bestättigte Syndici [ee]) zu denjenigen Geschäften, die sie Nahmens ihrer Gewaltgeber vornehmen, in soferne der daraus den letzteren erwachsende Schade nicht sofort augenscheinlich und unwidersprechlich seyn sollte, keiner besonderen und ausdrücklichen Vollmacht bedürfen [ff]). Würde auch jemand, der einen andern zum Verwalter seines Vermögens, oder seiner gesammten Handlung und Gewerbes bestellet, sich auch keine nähere Rechte und Einschränkungen besonders vorbehalten haben, so würde von demselben, dasjenige, was von einem administratore rerum, oder negotiorum überhaupt gilt, der Regel nach ebenfals gelten müssen, und derselbe daher zu allen den Geschäften, die seinem Principal angehen, und wozu sonst an und für sich eine besonders ertheilte Vollmacht, oder Gewalt erfodert zu werden pfleget, berechtiget seyn.

Da die Gesetze, nach welchen ein administrator rerum, oder negotiorum auch solche Geschäfte, wozu sonst eine ausdrückliche oder besondere Vollmacht erfodert wird, verrichten kann,

 nur

dd) *L. 20. §. 1. de nouat.*

ee) LEYSER *Spec. 54. n. 11.*

ff) Daß ein Procurator Principis, dem auch von seinem Fürsten liberrima negotii cuiusdam administratio überlassen worden, ebenfals zu dieser Classe zu rechnen sey, und daher zu einem Nahmens des Fürsten zu schliessenden Vergleich, oder zu einer Begebung gewisser Rechte keiner ausdrücklichen Vollmacht bedürfe, behauptet LEYSER *Spec. 178. n. 3.*

nur von solchen Verwaltern reden, denen die administratio rerum, vel negotiorum aufgetragen ist [gg]), so können sie daher auch auf solche, denen nur ein einzelnes Geschäft übergeben, wenn es gleich in der Form eines mandati cum libera geschehen wäre, nicht füglich angewandt werden. Hier behält es vielmehr bey der Regel, nach welcher vermöge des habenden mandati generalis keine solche Geschäfte, die eine ausdrückliche Vollmacht ihrer Natur und Eigenschaft nach erfodern, verrichtet werden können, lediglich das Bewenden. Ein Sachwald daher, in soferne er nicht zugleich zum Curatore litis ausdrücklich bestellet worden, und daher in eigentlicher Bedeutung als ein administrator negotiorum anzusehen ist, kann der Regel nach, so wenig in gerichtlichen, als aussergerichtlichen Geschäften zu dem, wozu eine besonders ertheilte Gewalt an sich, und den Rechten nach erfodert wird, Nahmens seines Principals seine Beystimmung geben, oder solche Geschäfte, wozu ein mandatum speciale erfodert wird, verrichten, wenn er gleich mit einem sogenannten mandato cum libera versehen seyn sollte.

Aus allem bisher angeführten ergiebet sich nun, meinem Bedünken nach, die allgemeine Regel, daß sowohl bey gerichtlichen, als aussergerichtlichen Geschäften, die blosse Ausstellung eines mandati cum libera den Mangel einer besonderen Vollmacht, da solche gleichwohl an sich und nach

gg) *L. 58. D. de procurat. L. 9. §. 4. de A. R. D. L. 17. §. 3. de iure iur. L. 20. §. 1. de nouat. L. 87. D. de Solut.*

nach der Beschaffenheit des Geschäfts nöthig war, nicht erfüllen könne, und daß dieser Satz nur bey eigentlichen administratoribus rerum, oder negotiorum seine Abfälle und Einschränkungen leide. Da inzwischen der Grundsatz, daß zu allen und jeden Geschäften von Erheblichkeit, oder zu solchen, da dem Principal ein Nachtheil zuwachsen kann, eine besondere Vollmacht erfodert werde, sich in der Vermuthung, daß der Gewaltgeber vielleicht nicht einstimmen werde, gründet, so kann derselbe auch sodann füglich keine Anwendung finden, wenn gegentheils wegen der Einstimmung des Principals, entweder Beweis, oder auch, nach vernünftigen Gründen zu urtheilen, die gröszte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist. Hieher rechne ich besonders, wenn dem Bevollmächtigten, entweder zu einem solchen Geschäfte, das an und für sich eine ausdrückliche Vollmacht erfodert, eine unumschränkte Macht und Gewalt ertheilet worden, oder auch in der ausgestellten Vollmacht verschiedener solcher Dinge, die ein mandatum speciale erfodern, erwehnet, und dem Gewaltnehmer zugleich die besondere Freyheit ertheilet worden, sich darnach unter ähnlichen Vorfällen und Umständen, als nach Beyspielen zu richten [hh]). So wenig daher ein mandatum generale cum libera, welches bekanntlich sehr öfters ohne besonderen Vorbedacht ausgestellet zu werden pfleget, von besonderen Nutzen und Folgen überhaupt betrachtet seyn kann, und so wenig solches

*hh) c. 4. de Procurat. in 6. clementin. 2. de Procurat.*

solches der Regel nach den Mangel eines mandati specialis ersetzet [ii]), so eine vorzügliche Gewalt ist inzwischen im Gegentheil mit einem mandato speciali cum libera verbunden. Denn derjenige, der letzteres zur Schliessung eines gewissen Vergleichs, oder Contracts, oder eines andern Geschäfts erhalten hat, darf mit Grunde nicht befürchten, daß ihm in Ansehung der Art und Weise Streit gemacht, oder auf die Beybringung einer besonderen Vollmacht bestanden werden könne, indem von demjenigen, der zu Geschäften, wozu der Regel nach eine genaue und bestimmte Vollmacht erfodert wird, seinem Bevollmächtigten unumschränkte Macht und Gewalt ertheilet, nicht anders zu vermuthen stehet, als, daß er ihm bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geschäfts überall keine Gränzen setzen, vielmehr alles seinem eigenem Gutbefinden habe überlassen wollen.

*ii)* Estor a. O.

# XII.

## Von der Strafe dererjenigen, welche wider die dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit sich ungehorsam und respectswidrig betragen *).

Da ohne Subordination ein Staat sich nicht erhalten kann, und ohne dieselbe die weisesten Gesetze und Anstalten vergeblich sind, so ist daher von selbst einleuchtend, daß diejenigen ein schweres Verbrechen begehen, die sich wider ihre vorgesetzte Obrigkeit ungehorsam und respectswidrig betragen. Ein solches ungehorsames und respectswidriges Betragen wider eine dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit kann entweder von vielen Personen nach vorgängiger Verbindung und Verabredung, oder von einzelnen geschehen. Wenn sich besonders mehrere Personen mit einander gemeinschaftlich verbinden, um sich den Vorschriften und Verfügungen ihrer Obrigkeit und Vorgesetzten zu entziehen, und sich gegen die-

*) Es befindet sich diese Abhandlung zwar gleichfals in der von mir herausgegebenen Sammlung kleiner juristischer Schriften. Um aber dieselbe bey dem Beyfall, den sie erhalten hat, noch nutzbarer zu machen, habe ich einige Zusätze und Verbesserungen zu machen nothig gefunden, und aus dieser Ursache ist sie den gegenwärtigen Beyträgen in ihrer jetzigen Umänderung eingerückt worden.

dieselbe ungehorsam zu beweisen, so haben sie sich entweder öffentliche Gewaltthätigkeiten und andere gefährliche Dinge zum Endzweck vorgesetzet, oder ihre Verbindung gehet lediglich auf schädliche Neuerungen, Schmählerung der Rechte ihrer Vorgesetzten, und auf andere Verunglimpfungen ihres Ansehens. In dem ersten Fall, und wenn die Verbundenen gefährliche Absichten hegen, so nennet man eine solche Zusammenrottirung einen **Aufruhr**, oder **Aufstand**, und wenn sie sich gar zur Ausführung ihrer feindseligen Unternehmungen eydlich verpflichtet haben, eine **Verschwöhrung**. In den übrigen Fällen pfleget man alle Verbindungen, die ungebührlicher Weise zur Verunglimpfung der Obrigkeit geschehen, **Rottirungen**, **Complotte**, oder **Vergatterungen** zu nennen [a]).

So gewöhnlich Aufruhr und Tumulte bey den Römern waren, so hart waren auch die Strafen, die man für die Aufrührer bestimmte. Man pflegte nämlich besonders die Urheber derselben, nach der Verschiedenheit ihres Standes und der Grösse

a) Obwohl nach dem Römischen Recht zu dem eigentlichen Begrif einer Turbae wenigstens eine Anzahl von zehn bis funfzehn Menschen erfodert wurde, s. *L. 4. §. 3. de vi bon. rapt.*; so pfleget man gleichwohl heutiges Tages, bey Aufständen und Tumulten eben nicht auf eine genaue, oder bestimmte Anzahl zu sehen. Es hat jedoch keinen Zweifel, daß Umstände vorkommen können, weshalb Inhalts der Grundsätze des Römischen Rechts bey einer Anzahl von zwey bis vier Conspiranten die Grundsätze, die von einer Turba gelten, nicht in Anwendung zu bringen sind. HOMMEL *Obs. 225.*

Grösse der Gefahr, mit der Kreuzigung, dem Vorwerfen vor die Thiere, mit der Deportation, oder sonst verhältnißmässig zu bestrafen [b]). Da nachhin der Kreuzestod aufgehoben und an seine Stelle das supplicium furcarum eingeführet wurde [c]), so bestimmet das Justinianeische Recht den Aufrührern an dessen statt den Galgen [d]). Obgleich die alten Deutschen selbst die schwärzesten Verbrechen, z. B. Mord, Strassenraub, Diebstahl und Ehebruch meistentheils nur mit gewissen Geldbussen, Vieh- oder Getreidelieferungen, oder zum höchsten mit Geisseln, Peitschen, und einem Verstossen in die Knechtschaft bestraften, so pflegten sie gleichwohl die Verräther und Aufrührer mit dem Strange, dem Ausstechen der Augen, oder sonst an Leib, oder Leben zu bestrafen [e]). Die peinliche Gerichts-Ordnung setzet die verschiedenen Arten des Aufruhrs so wenig, als die Grösse derselben, worauf gleichwohl der Richter bey der Bestimmung der Strafe besonders zu sehen hat, aus einander, sondern befiehlet nur überhaupt, daß die Aufrührer nach der Grösse und Gelegenheit der Mißhandlung mit der Abschlagung ihres Haupts gestrafet, oder mit Ruthen gestrichen, und des Landes, oder des Districts, allwo sie die Missethat begangen haben, verwiesen werden

b) de BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art. 127. §. 2.*

c) *L. 28. pr. de poen. L. 26. C. de episc. L. un. C. ut nem. lic. sign. Christ.*

d) *L. 38. §. 2. de poen. L. 1. C. de Sedit.*

e) HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. p. 352.*

werden sollen [f]). Mit der Erkennung der Todesstrafe eines verübten Aufruhrs wegen, pfleget man inzwischen nach dem Gerichtsbrauch mit vieler Behutsamkeit zu verfahren, und es überhaupt als eine Grundmaxime anzunehmen, die Strafe dergestalt einzurichten, daß der Eindruck derselben zwar bey allen Aufrührern gleich stark seyn, die besondere Schärfe aber nur wenige, und vornehmlich nur diejenigen empfinden mögen, die sich vor andern in ihren Thathandlungen vorzüglich ausgezeichnet haben [g]). Bey dem im Auflauf geschehenen Mißhandlungen pfleget man auch am meisten auf den Stifter des Aufruhrs zu sehen [h]), und denselben besonders nach der Strenge zu behandeln, auch wohl, bewandten Umständen nach, am Leben zu strafen. Letzteres pfleget inzwischen gewöhnlich nur sodann zu geschehen, wenn der

f) Art. 127. P. G. O. "Item so eyner inn eyn "Landt, Stat, Oberkeyt oder Gebiet geferliche für"setzliche und boßhafftige Aufrhuren des gemeynen "Volks wider die Oberkeyt macht, und das also auff "In erfunden würde, der soll nach größ und gele"genheyt seiner Mißhandlunge je zu Zeitten mit "Abschlagung seines Haupts gestraffet oder mit "Rutten gestrichen, undt aus dem Landt, Gegendt, "Gericht, Statt, Flecken, oder Gebiet, darinnen "er die Auffrhuren erweckt, verweißt werden, dar"inn Richter und Urteyler gebürlichs Raths, damit "niemands Unrecht geschehe, und solch bößlich em"börung verhüt, pflegen sollen."

g) KRESS *ad art. 128. CC. §. 3.* **Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen** *n. 94.*

h) *L. 38. D. de poen.*

der Aufruhr mit verschiedenen öffentlichen Gewaltthätigkeiten verbunden gewesen, und wohl gar an der Obrigkeit selbst Hand geleget, oder auch jemand von der Wache getödtet seyn sollte [i]). Würde sich inzwischen bey den im Auflauf geschehenen Mißhandlungen, der Stifter nicht mit völliger Sicherheit und Gewißheit ausmachen lassen, so schlagen zwar einige das Loos vor [k]); allein, da hierauf in Ermangelung besonderer landesherrlichen Vergünstigung, kein Richter erkennen darf, vielmehr die Entscheidung durchs Loos als eine Art der Begnadigung angesehen zu werden pfleget [l]), so kann auch in dem angezogenen Fall nur eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende ausserordentliche Strafe statt finden. So wie inzwischen die Bestimmung solcher Strafen, die in den Gesetzen in vorkommenden Fällen nicht genau bestimmet sind, viele Klugheit zum voraussetzet, so ist dieselbe besonders bey der Bestimmung der Strafe der Aufrührer nothwendig, damit nämlich auf eine solche erkannt werden möge, durch welche die Ruhe und Sicherheit des Staats erhalten, andere die gleiche Gesinnungen hegen, in Zukunft abge-

i) KRESS, CLASEN und BEYER *ad CCC.*

k) VOSMAER *specimen iuridicum exhibens doctrinam de imputatione delicti uniuersitatis applicans. Lugdun. Batau. 1775.*

l) DRESSEL. *de decimat. delinquent. Ien. 1731. §. 45.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 92.

abgeschrecket werden, und eben dadurch das Ansehen der Obrigkeit ihren nachgeordneten Bürgern ehrwürdig bleiben möge. Ob nun zwar die sämtlichen Aufrührer, in soferne sie sich ausdrücklich zum Morden und Umbringen, Rauben und Stehlen unter einander verbunden, und ihre böse Absicht mit vereinigten Kräften würklich zu Stande gebracht haben sollten, in Ermangelung einer Landesherrlichen Begnadigung, sämtlich am Leben zu bestrafen sind [m]), so sind gleichwohl andere Aufrührer, wenn nicht besonders der beschriebene Fall, da nämlich der Stifter am Leben bestrafet werden kann, vorhanden seyn sollte, mit Karrenschieben auf Lebenszeit, oder auf sechs, acht, oder wenigere Jahre zu bestrafen, es wäre dann, daß einem oder andern, besonders die Jugend und Verführung, oder andere bewährte Milderungs-Gründe zur Vertheidigung gereichen sollten, da man denn die letzteren nicht nach der Schärfe zu behandeln, sondern nach richterlichem Ermessen gelinder zu bestrafen pfleget [n]).

So wie auch überhaupt diejenigen Werkzeuge, womit Verbrechen würklich zu Stande gekommen sind, confisciret zu werden pflegen [o]), so gilt auch ein gleiches besonders von dem bey dem Aufruhr gebrauchten Werkzeugen, und überdieß sind

m) Art. 148. 177. P. G. O.

n) *Arg. L. 16. §. 10.* und *L. 28. de poen. L. 3. C. de episc. audient.* KRESS *ad art. 127. CC. n. 4.*

o) *L. 9. D. de Iur. fisci.* Meister im ersten Theil der rechtl. Erkenntnisse *Resp. 45.*

sind alle diejenigen, die an dem Aufruhr erweißlich Theil genommen haben, zu der Ersetzung der verursachten Schäden und Kosten in Solidum gehalten [p]).

Obzwar die Vorschützung der Erhaltung vermeyntlich zuständiger Rechte und Privilegien bey einem begangenen Aufruhr als ein Milderungs-Grund in keinen Betracht kommt [q]), so pfleget man gleichwohl diejenigen, die wider ihren Willen an der würklichen Vollendung ihrer bereits völlig verabredeten aufrührerischen und gefahrvollen Absicht verhindert worden sind, nur mit zeitlichem Zuchthaus, oder Karrenschieben, oder mit der Landes- und Stadt- oder Gerichts-Verweisung zu bestrafen, und sie zuweilen überdieß dahin anzuhalten, ihre unter dem Gerichtszwang belegene Güther nach Abzug aller Schäden und Kosten an gesittete und geruhige Bürger zu überlassen [r]). Diejenigen inzwischen, die aus eigener Reue von dem Complott, ehe solcher würklich ausgebrochen und in Erfüllung gesetzet worden, sich entfernet haben, pfleget man sodann mit aller Strafe zu verschonen, wenn sie durch ihre zu rechter Zeit geschehene Anzeige, Schaden und Gefahr vom Staat abgewandt haben, diejenigen



p) BECKER *de natura ac indole correal. obligat. in specie ex delict. praecip. quoad expens. Rost.* 1759.

q) Carrach a. O. *n.* 93.

r) CARPZOV. *q.* 130. *n.* 56. *sq.* LYNCKER *Vol.* 2. *Resp.* 77. *n.* 18. *sq.* HARPRECHT *Dec.* 26. *n.* 28.

aber sind dennoch verhältnißmässig mit Gefängniß, oder der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu bestrafen, die sich zwar von den Aufrührern noch zur rechter Zeit entfernet, und an der würklichen Ausführung ihres Vorhabens keinen Theil genommen, inzwischen gleichwohl die ihnen obgelegene Anzeige unterlassen, und solchergestalt die Entstehung von Schaden und Gefahr nach ihrem Vermögen nicht zu verhindern gesuchet haben. Würde sich inzwischen der ganze aufrührische Complott freywillig wider getrennet haben, so pfleget nach den Grundsätzen, die von unterstandenen Verbrechen überhaupt gelten, und zwar gewöhnlich nur auf eine Gefängnißstrafe erkannt, die Stifter aber mit der Räumung des Bezirks bestrafet zu werden. Diejenigen, die zwar mit den Aufrührern nicht in Verbindung gestanden, inzwischen gleichwohl ihre Absichten nach allem Vermögen zu befördern [s]) gesuchet haben, sind nach dem Unterschiede, ob nämlich ohne ihre Förderung die Aufrührer ihre böse Absicht, entweder gar nicht, oder nicht leicht hätten zur Ausführung bringen können, entweder jenen in der Bestrafung völlig gleich zu achten, oder auch, den Umständen nach, mit dem Verlust ihres etwa bekleideten Amts und überdieß mit Gefängniß, Stadt oder Landes-

s) Zu solchen Beförderern gehören auch insbesondere die Prediger, die öffentlich und insgeheim den gemeinen Mann wider seine Obrigkeit aufhetzen, wowider in den Reichsgesetzen auf das nachdrücklichste gewarnet wird, s. die Reichsabschiede von den Jahren 1529. und 1530. wir haben 2c.

desverweisung, oder der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, zu bestrafen [t]).

Der Ungehorsam, der von Bürgern und Untergeordneten wider ihre Obrigkeit, oder Vorgesetzte bewiesen wird, und nicht die Gestalt eines eigentlichen Aufruhrs hat, bestehet entweder in thätlichen Verunglimpfungen, in gesuchten schädlichen Neuerungen und Schmählerungen der Rechte der Vorgesetzten, oder überhaupt in der Verweigerung solcher Pflichten, die man der Obrigkeit, oder den Vorgesetzten von Rechtswegen zu beweisen schuldig ist.

Wenn man vorsätzlicher Weise sich an seinen Vorgesetzten thätlich vergreifet, so widerfähret solches insbesondere, entweder den Statthaltern ganzer Provinzen und Städte, den Befehlshabern der Militz, den Vorsitzern in den höchsten Landesgerichten, oder vielmehr andern unter- und nachgeordneten Obrigkeiten. In dem ersten Fall kann, bewandenten Umständen nach, und wenn die Grösse des Vorsatzes sich aus der ganzen Thathandlung ergiebet, auf die Todesstrafe erkannt werden [u]). In dem andern Fall, und wenn von blossen Unterobrigkeiten, die von den ihnen nachgeordneten Leuten auf eine thätliche Weise verunglimpfet worden, die Rede seyn soll-

 te,

t) KRESS, CLASEN und BOEHMER *ad art. 177. CC.*

u) *L. 3. §. 19. de iniur. L. fin. §. 1. de re milit.* R. A. von 1555. §. wir setzen ordnen rc. GAIL *de P. P. Lib. 1. cap. 1. n. 6.* und *in Observatt. Lib. 1. Obs. 39. n. 1.*

te, pflegen solche Frevler gewöhnlich, nach vorgängig geleisteter öffentlicher Abbitte, und nachdem sie einige Tage hintereinander am Pranger, oder Pfahl jedesmahl eine Stunde öffentlich ausgestellet gewesen sind, entweder zum Karrenschieben, oder Zuchthaus auf gewisse Jahre verurtheilet [x]), oder in dem Fall, da die Handanlegung mit einer tödtlichen Verwundung unter gravirenden Umständen verbunden gewesen seyn sollte, mit dem Tode bestrafet zu werden [y]). Es verstehet sich inzwischen in alle Wege von selbst, daß bey der Bestimmung der Strafe wegen thätlicher Verunglimpfungen, die von Untergeordneten gegen die Obrigkeit bewiesen worden, vorzüglich und am meisten auch auf den Ort und das Geschäft, bey welchem jene vorgefallen sind, gesehen werden müsse. Denn, so wie nur diejenigen Verunglimpfungen, die der Obrigkeit, da sie in Amt und Pflicht verfahren hat, zugefüget worden, auf angezogene Art und Weise zu bestrafen sind, so pfleget man gegentheils die der Obrigkeit geschehenen Verunglimpfungen, da dieselbe nicht besonders in Amt und Pflicht verfahren hat, als andere thätliche Injurien anzusehen und zu bestrafen, inzwischen gleichwohl in der Beahndung einige mehrere Schärfe, als gewöhnlich, zu beweisen. Würde die Handanlegung, die der Obrigkeit geschehen, sogar mit einem

x) HILDEBRAND *Diss. de iniur. in Magistrat. commiss. Alt. 1720. §. 4.*

y) CARPZOV. *q. 94. n. 49.* STRECKER *Diss. de iniur. magistrat. illat. §. 20.*

nem Todtschlag, oder Mord verbunden seyn, so ist sodann nicht allein auf die gesetzliche Strafe der Mörder, oder Todtschläger zu erkennen, sondern solche auch, wenn der Mörder, oder Todtschläger den Vorsatz nicht abzulehnen, oder zu schwächen vermag, noch überdieß äusserlich zu schärfen [z]). Gegentheils fällt alle Strafe wegen der der Obrigkeit zugefügten Verwundung, oder Handanlegung von selbst weg, oder sie ist doch wenigstens zu mildern, wenn der Untergeordnete sich entweder in einer rechtmässigen Nothwehr befunden, oder doch die Obrigkeit durch ein pflichtwidriges Betragen und Hindansetzung ihrer Berufs- und Amtspflichten zu der ihr widerfahrnen Verunglimpfung selber die Veranlassung gegeben haben sollte [aa]).

Wenn Bürger und Untergeordnete ihre Obrigkeit und Vorgesetzte mit Hindansetzung des schuldigen Respects, bloß in Worten, oder Schriften beleidiget haben, so pfleget bewandten Umständen nach, ausser dem Wiederruf, oder der bey offenen Thüren zu leistenden Abbitte, auf eine Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder Gefängniß auf ein, oder mehrere Jahre gewöhnlich erkannt



z) *Arg.* Art. 137. P. G. O. "Und mann mag inn "fürgesetztem Mord, so der an hohen treflichen Per- "sonen des Thätters eigen Herrn, zwischen Ehleu- "ten oder nahendt gesipten Freunden geschicht, durch "ettlich Leibstraff als mit Zangen Reissen, oder "Ausschleyffung vor der endlichen Tödtung umb "grosser Forcht willen die Straff mehren."

aa) Carrach a. O. *n.* 63.

kannt zu werden [bb]). Diese Strafe ist billig um so mehr zu schärfen, als die Beleidigungen der nachgeordneten Personen gegen ihre Obrigkeit vielleicht die Gestalt eines förmlichen Pasquils an sich haben, und wohl gar in boßhaften Erdichtungen bestehen sollten [cc]). Würden inzwischen die Beleidigungen, die nachgeordnete Bürger und andere Personen ihrer vorgesetzten Obrigkeit bewiesen haben, mehr Unbedachtsamkeit und Mangel der Ueberlegung, als Vorsatz und Bosheit zum Grunde haben, so ist auch die Gelindigkeit der Schärfe billig vorzuziehen [dd]); inzwischen sind gleichwohl solche ernstliche Maaßregeln zu nehmen, die allen widrigen Eindrücken, die durch den Vorgang bey andern entstehen könnten, vorzubeugen, geschickt sind. Würden Advocaten wider ihre vorgesetzte Obrigkeit in ihren übergebenen Schriften sich Beleidigungen erlauben, so sind dieselben, bewandten Umständen nach, auf gleiche Weise, als andere Injurianten, die ihrer Obrigkeit Verunglimpfungen zufügen, wenigstens an Gelde, wo nicht mit der Suspension, oder gar Remotion zu bestrafen, und kann denenselben der fauor defensionis nur in soferne einigermassen zu statten kommen, als der animus iniuriandi annoch mit Grunde in Zweifel zu ziehen ist, und nicht

*bb)* MEV. *P. 2. Dec. 205.* und *P. 3. Dec. 357.* KRESS und BOEHMER *ad art. 110.* CC. Carrach a. O. *n. 60.*

*cc)* Art. 110. P. G. O.

*dd)* MENOCH *de arb. Iud. Quaest. Cas. 377. n. 9.* GRANTZ *Defens. Inquisit. P. 2. c. 8. membr. 2. n. 284.* HARPRECHT *Dec. 26. n. 74.*

nicht aus allen Umständen sich ergiebet. Auf dem Fall, da ein Advocat dem Gerichtszwange derjenigen Obrigkeit, die er in seinen Schriften beleidiget hat, nicht unterworfen seyn sollte, kann derselbe nichts desto weniger von jener, nachdem ihm seine anzüglichen Schriften zurückgegeben worden, zur Bezahlung einer nahmhaften Geldbusse verurtheilet, und dieselbe mittelst Requisition bey der Behörde beygetrieben, oder ihm das fernere Practisiren bey dem Gericht, dessen Obrigkeit er beleidiget hat, untersaget, oder auch wohl gar auf eine härtere Bestrafung bey der zuständigen Obrigkeit angetragen werden [ee]).

Sollten die Untergebenen gegen ihre vorgesetzte Obrigkeit sich dadurch ungehorsam und respectswidrig beweisen, daß sie ungegründete Neuerungen und Beschwerden auf die Bahn brächten, so pfleget man dieselben, wenn solche Neuerungen und Beschwerden in der Gestalt eines Aufruhrs haben durchgesetzet werden sollen, als Aufrührer und Tumultuanten zu bestrafen. Würden aber die Untergebenen mit ihren vermeintlichen Beschwerden nicht zwar den Oberrichter vorbeygehen, auch ihren Beschwerden nicht eigenmächtig abzuhelfen suchen, vielmehr sich damit an den Oberrichter wenden, inzwischen solche dem ohngeachtet ungegründet und rechtswidrig befunden werden, so sind dieselben, ausser der ihnen obliegenden Ersetzung der Schäden und Kosten, zu einer verhältnißmässigen Gefängniß, oder



ee) HILDEBRAND *c. l.* §. 6. STRYCK *de purgat. scriptor. ab iniur.*

Geldbusse zu verurtheilen. Eine solche Strafe ist inzwischen um so mehr zu schärfen, je vorsätzlicher und feindseliger sich die Untergebenen gegen ihre vorgesetzte Obrigkeit betragen haben, je weniger sie den Grund ihrer Beschwerden zu beweisen vermögend gewesen sind, und je weniger sie die ihnen zu bezahlen aufgelegten Schäden und Kosten zu ersetzen im Stande sind [ff]). Würden sich inzwischen die Untergebenen mit ihren Beschwerden wider ihre Obrigkeit und Vorgesetzten bey dem höheren Richter auf eine rechtliche Art und Weise gemeldet haben, auch jene nicht unerheblich, vielmehr gegründet befunden werden, so haben dieselben so wenig eine Strafe verwirket, als sie zu der Bezahlung der Kosten angehalten werden können [gg]). Gegentheils sind vielmehr die Untergebenen unter solchen Umständen wider ihre Vorgesetzten, denen sie unmittelbar untergeordnet sind, in Schutz und Schirm zu nehmen [hh]), die Unterobrigkeit aber ist, der Beschaffenheit der Sache nach, willkührlich zu bestrafen [ii]), und zur Ersetzung der Schäden und Kosten anzuhalten [kk]), oder

ff) *Arg.* Art. 112. P. G. O. *L. 7. §. 3. de iurisdict. L. 25. de in ius voc. L. 4. C. de seru. fugit.* Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 64—69.

gg) Art. 61. und 153. P. G. O.

hh) Art. 76. und 156. P. G. O.

ii) Herr Hofrath Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen *Resp. 45.*

kk) *L. 15. §. 1 de Iudic. L. 5. §. 4. de O. et A. L. 6. de extraord. cognit. L. 2. C. de poen. Iud. qui male iud. pr. Inst. de obl. quae ex delict.*

oder doch wenigstens dahin anzuweisen, den gegründeten Beschwerden ihrer Untergebenen abzuhelfen.

Wenn Gerichts- oder Unterbediente sich in den obliegenden Amtspflichten ungehorsam und respectswidrig betragen, so pfleget man dieselben, wenn dadurch Schaden und Gefahr entstanden ist, ausser der gänzlichen Absetzung vom Dienst, die zuweilen mit der besonderen Erklärung der ferneren Dienstunfähigkeit verbunden zu werden pfleget, mit der Verurtheilung zur Karre, oder Zuchthaus auf ein, oder mehrere Jahre zu bestrafen [ll]). Würde inzwischen durch den Ungehorsam, oder durch das respectswidrige Betragen der Gerichts- und Unterbedienten kein Schaden und Gefahr entstanden seyn, so pfleget man dieselben mit Gefängniß, Geldbusse, oder zeitlicher Suspension unter Androhung der gänzlichen Remotion bey ähnlichen neuen Vergehungen zu bestrafen [mm]). Sollten jedoch die bisherige gute Aufführung, oder andere Gründe, nach welchen bey dem gegenwärtigen Vergehen ein geringerer Grad des Vorsatzes zu vermuthen ist, dem Unterbedienten zu einiger Entschuldigung gereichen, so pfleget man die Strafe billig zu mildern [nn]), und bey

ll) *Arg.* Art. 180. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art. 180. CC. §. 2.*

mm) LYNCKER *Vol. 2. Resp. 77. n. 18. sq.* HARPRECHT *Dec. 26. n. 28.*

nn) *L. 28. §. 10. de poen.* STRECKER *de caus. poen. mitigant. §. 20.*

bey leichten Vergehungen, in soferne deren Strafe nicht zugleich in den Landesgesetzen besonders vorgeschrieben seyn sollte, nach gegebenem ernstlichen Verweise wegen künftigen besseren Betragens, jene ganz und gar nachzulassen [oo]). Ein Unterbedienter, der vieler von dem Gegentheil zu besorgenden üblen Folgen wegen zu einem strengen und pünctlichen Gehorsam verpflichtet ist, verdienet inzwischen der Regel nach allemahl Bestrafung, wenn er etwa aus Klügeley die ihm gemachten Vorschriften, ohne mit Bescheidenheit seine etwanigen Zweifel vorgetragen, und Eingang gefunden zu haben, nicht beobachtet haben sollte.

Eine blosse Widersetzlichkeit dienstpflichtiger Leute, pfleget man bewandten Umständen nach, mit Gefängniß, Geldbussen, oder dem Stock-Schilling zu bestrafen [pp]). Diejenigen aber, die sich der Uebernahme öffentlicher Aemter und Pflichten entziehen, pfleget man nicht allein Verhältnißmässig mit Gefängniß, oder Bezahlung einer gewissen Geldbusse zu bestrafen, sondern auch überdieß, wenn es anders thunlich ist, zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten zu zwingen, oder in dessen Ermangelung, härter zu bestrafen, oder sie auch zu einer Genugthuung oder Vergütung

für

oo) MOLLENBEC. *de aggrat. Iud. iur. aggratiand. destitut. c. 2. §. 4.* de BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art. 120. §. 13.*

pp) ENGELBRECHT *de oper. rusticor. §. 47. 48.* Herr Hofrath Eisenhart in dem 8ten Theil der Rechtshändel *n.* 8.

für diejenigen, die an ihrer statt gewisse Geschäfte, wozu sie nicht verbunden waren, haben übernehmen müssen, anzuhalten.

Obzwar der Regel nach niemand in seiner eigenen Sache Richter seyn kann [qq]), so ist dennoch in dem Fall, da man sich gegen seine Obrigkeit entweder ungehorsam bewiesen, oder gegen dieselbe den gebührenden Respect aus den Augen gesetzet hat, ein anders anzunehmen [rr]). Denn, es ist einer Unterobrigkeit nicht allein erlaubt, ihren Gerichtszwang, Ehre und Ansehen durch die wirksamsten Mittel aufrecht zu erhalten [ss]), sondern auch gegen die Widerspenstigen, die den schuldigen Gehorsam und die schuldige Achtung gegen ihre vorgesetzte Obrigkeit hindansetzen, ohne den Befehl ihrer Oberrichter erst suchen zu dürfen, inquisitorisch zu verfahren [tt]). Um inzischen allen Schein irgend einiger Partheylichkeit zu vermeiden, pflegen gewöhnlich solche Obrigkeiten, nach genugsam geschehener Untersuchung der Sache, ihre spruchfertigen Acten an unpartheyische Rechtsgelehrte, nachdem den Angeschuldigten

qq) *L. un. C. vt nem. in propr. caus.*

rr) *L. 176. de R. I. L. 25. de adopt. L. 10. de iurisdict. L. 5. pr. de iniur.*

ss) *L. 19. de offic. praes. L. un. D. si quis ius dicent. non obtemp. c. 1. de poen. in 6.*

tt) *L. 1. D. de postuland. c. 24. Dist. 63.* HILDEBRAND *c. l. c. 3. §. 3.* BOEHMER *de poen. ius dicent. sine iud. c. 1. §. 14.* MEV. *P. 5. Dec. 323.* und *374. n. 8. 9. P. 6, Dec. 343. P. 9. Dec. 108. n. 3.* und *Dec. 112. n. 6.*

digten die Beybringung seiner Vertheidigung freygelassen worden, zu versenden [uu]). So wie inzwischen in diesem Fall die Klugheit die Versendung der Acten anräth, obgleich solche an sich nicht nothwendig ist [xx]), so kann gleichwohl die Unterobrigkeit wegen des ihr von den Untergebenen bewiesenen Unglimpfs und Ungehorsams nicht verfahren und strafen, wenn sich derselbe auf solche Dinge, die bey dem Oberrichter in unentschiedenen Rechten schweben, beziehen sollten. Denn, unter solchen Umständen muß die Obrigkeit wegen der vorwaltenden Litis Pendenz ihre Beschwerden wider ihre Untergebenen lediglich bey dem Oberrichter anbringen, und dessen rechtlichen Ausspruch abwarten.

*uu)* BRUNNEM. *ad L. 10. D. de iurisdict.* HARPRECHT *Dec. 26. n. 30.* MEV. *P. 8. Dec. 198. n. 6.*

*xx) L. 9. §. 5. de publican. L. 13. de offic. praes.*

XII. Wel=

# XIII.

## Welcher Beyschlaf eigentlich als ein solcher, der unter der Hofnung der Ehe vollbracht worden, anzusehen?

Zu den ausgemachten, oder unbestrittenen Rechtswahrheiten gehöret derjenige Satz, daß ein unter dem Versprechen der Ehe geschehener Beyschlaf zur würklichen Vollziehung der Ehe schlechterdings verbinde, und daher in einem solchen Fall der Stuprator auf die ihm sonst der Regel nach zuständige Wahl inter dotandum et ducendum keinen ferneren Anspruch machen könne [a]). Der Grund von diesem angenommenen Lehrsatz ist wohl ohnstreitig in dem Canonischen Recht zu finden, nach welchem besonders diejenigen Verlöbnisse, die durch den erfolgten Beyschlaf bestättiget worden, zu den sogenannten sponsalibus de praesenti gerechnet, und daher der würklichen Ehe gleich geachtet zu werden pflegen [b]). So wenig inzwischen dasjenige Stuprum, das vor dem Versprechen der Ehe vorhergehet, zu derjenigen Art des Beyschlafs, der unter der Hofnung der Ehe geschehen, zu rechnen ist, so wenig kann auch solches in Absicht auf seine rechtlichen

a) LUDWIG *de different. Iur. Roman. et German. in stupro sub spe matrimon. Diss. 1.* und *2.* Herr Vicekantzler KOCH *in Inst. Iur. Crimin. §. 284.*

b) *c. 15.* und *30. X. de sponsal. et matrimon.*

chen Folgen dem letzteren gleich geachtet werden [c]. Ein solches Versprechen der Ehe, das lediglich auf den bereits vollzogenen Beyschlaf folget, in soferne dasselbe nicht durch förmliche und rechtsbeständige Verlöbnisse vorher bestättiget worden, kann daher dem Stuprator die ihm den Gesetzen nach inter dotandum et ducendum freygelassene Wahl nicht nehmen, vielmehr bleibet in einem solchen Fall, ohne auf das ins geheim gethane Versprechen der Ehe rechtlichen Betracht zu nehmen, nur lediglich auf die aus dem begangenen Stupro entspringende obligationem alternatiuam inter dotandum et ducendum zu erkennen.

So richtig nun zwar die bisher angeführten Grundsätze sind, so zweifelhaft scheinet gleichwohl eine völlig bestimmte Beantwortung der Frage zu seyn: Ob nämlich zu einem solchen Beyschlaf, der als ein unter dem Versprechen der Ehe geschehener anzusehen ist, gerade gültigliche und förmliche Verlöbnisse erfodert werden, oder, ob es gegentheils genüge, wenn etwa zu erweisen stehet, daß der Stuprator das Versprechen der Ehe vor dem verübten Beyschlaf würklich geleistet, inzwischen solches nur ins geheim ohne der Eltern Einwilligung und ohne Zuziehung einiger Zeugen gethan

c) LAVTERBACH *Vol. 3. Conſ. 274. n. 47. 51.* v. copula enim talis promiſſionem matrimonii praecedens, fornicaria eſt, et hinc non poteſt dici, matrimonium ea eſſe copula conſummatum, perinde vt ea, quae coniugali affectu et antecedentis promiſſionis matrimonialis exequendae cauſa interueniſſe intelligitur. *Add.* SCHORCH *in Sentent. et Reſponſ. Select. Sentent. 328. n. 15.*

than habe? Verschiedene Rechtslehrer [d]) bejahen in Beystimmung einiger Stellen des Canonischen Rechts [e]) die aufgeworfene Frage, indem sie glauben, den Satz als völlig ausgemacht und richtig voraussetzen zu können, daß nämlich sponsalia clandestina durch den geschehenen Beyschlaf publica werden, und daher nicht allein alle Rechte der letztern erlangen, sondern sogar der würklichen Ehe selbst gleich geachtet werden müssen [f]). Diese Lehrsätze können inzwischen in Deutschland, und besonders bey den Protestanten, um so weniger einigen Beyfall finden, als es schon an und für sich, und in aller Absicht ungereimt seyn würde, wenn ungehorsame Kinder, die sich wider Wissen und Willen ihrer Eltern, folglich gesetzwidrig verlobet haben, dadurch, daß sie ihre geheimen Verlöbnisse durch den Beyschlaf beståttigen, und solchergestalt Verbrechen mit Verbrechen häufen, und die Rechte ihrer Eltern schmälern, in bessere Umstände, als sie vorher waren, versetzet werden sollten [g]).

Weil

d) HORN *Cl. 3. Sent. 10. p. 186.* STRYCK *in Consil. Halens. T. 1. L. 11. Cons. 41.* HELLFELD *in Iurispr. forens.*

e) *c. 30. X. de sponsal. et matrimon. c. 3.* und *6. X. de condict. apos.*

f) CARPZOV. *Iurispr. Consist. L. 2. Def. 25. 60. seqq.*

g) VOET. *Tit. de R. N. n. 11.* STRYCK *de dissens.*

Weil nun eines Theils die zum Beweise des Gegentheils aus dem Canonischen Recht angeführte Stellen dasjenige, wenigstens nicht genau und deutlich enthalten, oder beweisen, was man aus ihnen herzuleiten und zu beweisen suchet, andern Theils aber der Satz: daß clandestina sponsalia durch den geschehenen Beyschlaf die Rechte der publicorum erlangen, auf die bey den Protestanten nicht angenommene Lehre von den sponsalibus de praesenti und de futuro beruhet [h]), auch an und für sich die Gelegenheit, sich zu versündigen, vermehret; so behaupten daher verschiedene angesehene Rechtslehrer mit Widerlegung der gegenseitigen Meynung die Allgemeinheit des Satzes: Daß, weil den gemeinen Kaiserlichen Rechten nach sponsalia clandestina schlechterdings für ungültig zu halten sind [i]), der geschehene concubitus solche auch unter keinen Umständen rechtsbeständig machen könne, vielmehr letzterer in Absicht

*sens. sponsalit. Sect. 4. c. 1. §. 22.* Eine heimliche ohne der Eltern und Vormünder Einwilligung geschehene Verlobung, ist vielmehr nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer als eine strafbare Verkuppelung mit Gefängniß, und nach Beschaffenheit der Umstände, mit der Landesverweisung zu bestrafen, s. Herr Hofrath Eisenhart in dem 9ten Theil der Rechtshändel *n.* 9.

h) BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 4. Tit. 1. §. 159.*

i) *L. 2. D. de R. N. L. 68. de iur. dot. L. 11. de stat. hom.*

sicht seiner rechtlichen Wirkungen nicht sowohl, als ein unter dem Versprechen der Ehe geschehener Beyschlaf, sondern vielmehr als ein blosses, oder gemeines stuprum anzusehen sey [k]); es wäre dann, daß zu einem insgeheim und ohne der Eltern Einwilligung geschlossenen Verlöbniß sogar die priesterliche Einsegnung hinzu gekommen seyn mögte, da denn eine solche bereits vollzogene Ehe, auch bey den Protestanten [l]), mit Vorbehalt richterlicher Bestrafung, nicht leicht wieder getrennet zu werden pfleget [m]), in soferne anders die priesterliche

 Ein-

k) SCHILTER *Ex. 36. Th. 129.* BOEHMER *c. l. Lib. 4. Tit. 2. §. 20. 21.* HOMMEL *Rhapsod. Quaest. Obs. 244.*

l) Bey den Katholiken kann die Frage: Ob dergleichen Ehen, die ohne der Eltern Einwilligung geschlossen worden, eine rechtsbeständige Gültigkeit haben? um so weniger vorkommen, als nach dem Schluß der Tridentinischen Kirchenversammlung *Sess. 24. de Reformat. matrimonii c. 1.* eine Ehe zwar der Regel nach ohne Einwilligung der Eltern nicht geschlossen werden darf, inzwischen gleichwohl die unter solchen Umständen einmahl vollzogene nicht wieder aufgehoben werden kann. ESPEN *in Iur. eccl. vniu. P. 2. Tit. 12. §. 19.*

m) BRRÜCKNER *Decis. matrimon. P. 1. c. 2. n. 90.* GRIBNER *de his quae ad reliq. sacrament. perperam referuntur §. 29.* THOMAS. *de validitat. coniug. inuit. parent. contract. §. 19. 20.* BOEHMER *c. l. §. 22. 24.* HARPRECHT *Dec. 58. n. 18.* Es sind inzwischen in verschiedenen Ländern besondere Verordnungen vorhanden, nach welchen eine jede, ohne der Eltern Einwilligung geschehene Ver-

Einsegnung nicht von dem einen, oder andern Theil hinterlistiger und betrüglicher Weise verursachet, und daher an und für sich ungültig seyn sollte [n]).

Gleichwie es übrigens verschiedenen besonderen Landesgesetzen gemäß ist, daß derjenige Stuprator, der sich mit einer gewissen Person heimlicher Weise, und ohne vorgängige Einwilligung der Eltern verlobet und sie hienächst beschlafen hat, zur Vollziehung der Ehe schlechterdings gehalten sey, wenn anders die geschwächte Person unbescholtenen Lebens und Wandels ist [o]); so hat es auch überhaupt keinen Zweifel, daß der Stuprator für seine Person, und in Ermangelung eines Widerspruchs der Eltern, nicht befugt sey, der wider ihn auf die Vollziehung der Ehe gerichteten Klage die exceptionem clandestinitatis entgegen zu setzen [p]).

Eben dieselben Grundsätze, die von heimlichen, und ohne der Eltern Vorwissen und Einwilli-

Verheirathung schlechterdings für ungültig zu halten ist. s. G. L. BOEHMER *de necessar. parent. consensu in nupt. liberor.*

n) *c. 26. X. de sponsal. c. 2. de pact. in 6.* STRYCK *de dissens. sponsalit. Sect. 2. §. 9. sqq.* Eisenhart in dem 4ten Theil der Rechtshändel *n.* 17.

o) PUFENDORF *Tom. 4. Obs. 46.*

p) TITTEL *Diss. de except. clandestinitatis ab ipso contrahente opposita.*

willigung [q]) geschlossenen Verlöbnissen gelten, finden zwar nicht nach gemeinen [r]), wohl aber nach Mecklenburgischen Rechten [s]) auch in dem Fall statt, wenn die Einwilligung der Curatoren ermangelt, und es ist demnach eine Person, die unter Hoffnung der Ehe geschwängert seyn will, damit nur sodann zu hören, wenn der Beyschlaf auf eine solche Eheberedung, die mit des Curatoris Einwilligung geschlossen worden, gefolget seyn sollte.

In dem Fall, da von keinen eigentlichen sponsalibus clandestinis, oder von solchen Verlöbnissen, die ohne der Eltern Einwilligung geschlossen worden, die Rede wäre, ist ein jeder Beyschlaf als ein solcher, der unter der Hoffnung der Ehe geschehen, anzusehen, der nämlich auf solche Verlöbnisse, die an und für sich gültig und rechtsbeständig sind, folget, und solchergestalt das Vorhaben, die Ehe zu vollziehen, dadurch bestätiget



q) Daß auch nach den deutschen Rechten und Gewohnheiten zu den Verlöbnissen der Kinder die Einwilligung der Mutter eben sowohl, als des Vaters erfodert, inzwischen im Collisions-Fall die Einwilligung des letzteren vorgezogen werde, leidet nicht den mindesten Zweifel. BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 4. Tit. 2. §. 9.*

r) *L. 6. D. de sponsal. L. 8. C. de nupt.*

s) Die Mecklenburgische revidirte Kirchenordnung Fol. 132. *Select. Iurid. Rostoch. Fascic. 3. Spec. 19. q. 2.*

tiget wird [t]). In einem solchen Fall soll Inhalts der Vorschriften des Canonischen Rechts der Stuprator schlechterdings angehalten werden, die von ihm geschwächte Person zu ehelichen, wenn er auch gleich sich bereits eine andere antrauen lassen, und mit derselben wohl gar den Beyschlaf vollbracht hätte [u]). Das Protestantische Kirchenrecht stimmet hierunter nach dem Zeugniß der angesehensten Rechtslehrer mit dem Canonischen Recht überein. Denn, der angezogene Fall ist gerade derjenige, in welchem die an sich papistische Lehre von den sponsalibus de praesenti [x]) nach der mehresten Meynung annoch zur Anwendung kommt, sintemal auch bey den Protestanten das durch den erfolgten Beyschlaf bestättigte Verlöbniß der Ehe selbst gleich, folglich auch wider Willen des einen Theils für verbindlich geachtet, und sogar bey des letzteren etwanigen Abwesenheit

t) LEYSER *Spec. 260. n. 6.*

u) *c. 30. X. de sponsal.* v. is, qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo carnali copula subsecuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur: quia licet praesumptum primum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda. Ex quo sequitur, quod nec verum, nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto est postmodum subsecutum *add. c. 22. X. eod.*

x) BALSER *de caus. ac origine distinct. sponsal. de praesenti et de futuro. Giess. 1746.* Herr geheime Rath NETTELBLADT *de genuin. concept. sponsal. de praesenti et de futuro.*

heit, die Ehe von Gerichtswegen für rechtsbeständig und gültig erkannt zu werden pfleget [y]).

Ob nun zwar nach dem Kirchenrecht der Protestanten ein jeder Beyschlaf für einen solchen, der unter Hoffnung der Ehe geschehen, anzusehen ist, der auf ein vorhergegangenes Verlöbniß folget, ohne zu unterscheiden, ob letzteres in einiger Zeugen Gegenwart, oder insgeheim geschlossen worden, in soferne nur nicht der Eltern Einwilligung bey dem vollzogenen Verlöbniß ermangelt hat; so ist gleichwohl in denjenigen Ländern, wo zur Gültigkeit der Verlöbnisse die Gegenwart der Zeugen erfodert wird, billig ein anderes anzunehmen. Denn, in dem Fall, da die Landesgesetze nicht sowohl des Beweises, als vielmehr der Gültigkeit wegen, bey Verlöbnissen Zeugen erfodern, ist auch eine Person, die unter der gemachten Hoffnung der Ehe beschlafen seyn will, damit nicht zu hören, wenn jene Hoffnung insgeheim, und ohne daß einige Zeugen zugezogen worden wären, gemacht seyn mögte [z]). Denn, da solchergestalt

 nach

y) BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 4. Tit. 1. §. 46. 56.*

z) Dieses findet besonders in Mecklenburg statt, s. die Mecklenburgische Policey-Ordnung von 1572. Tit. von heimlichen Verlöbnissen, imgleichen die revidirte Kirchen-Ordnung S. 132. "Wenn nun die Personen also ordentlich auf vorher-"gehendes Gebet mit der Eltern, oder Vormünder, "oder irer eigen Bewilligung, in der Kirchen, oder "in

nach den Landesgesetzen ein solches Versprechen der Ehe an sich kraftlos und unverbindlich ist; so kann auch darauf unter keinen Umständen eine gegründete Hoffnung zur Vollziehung der Ehe gebauet werden, mithin ist der auf ein solches Versprechen etwa folgende Beyschlaf lediglich als ein gemeines Stuprum anzusehen, folglich der Stuprator zur Vollziehung der Ehe nicht schlechterdings, sondern nur in dem Fall, da er der geschwächten Person keine

"in den Häusern in Gegenwart ehrlicher Männer "und Zeugen im Namen der heiligen Dreyfaltigkeit "verlobt seyn, so mügen solche Verlobniß nicht wie-"der getrennet werden. So aber Personen in "Unzucht geraten würden, da das eine Theil "dem andern Ursache gegeben, in Hofnung "die Ehe dadurch zu erzwingen, und doch "die Zusage heimlich ist, und nicht kann er-"wiesen werden, so soll der Pfarherr dieselbige zur Ehe nicht nöthigen, damit nicht "andere mehr solche gelegenheit suchen und "die Unzucht und Huhrerey hiedurch gestär-"cket werde." Weil inzwischen nach verschiedener einheimischen Rechtslehrer Zeugniß, ein Verlöbniß, das zwar ohne Zeugen Gegenwart, inzwischen mit beyderseits Eltern Einwilligung geschlossen worden, nicht für heimlich, mithin für verbothen anzusehen ist, FESTINGIVS *in relat. caſ. matrimonial. in Conſiſtorio ducal. Megapolitan., nec non in Facult. Iurid. Roſtoch. ventilatorum.* MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illuſtrato Centur. 1. Iud. 60.* und *Centur. 5. Iud. 86—90.*, so scheinet es auch keinen Zweifel zu haben, daß der Concubitus, der zu einem solchen beschriebenen Verlöbniß hinzugekommen ist, in Absicht seiner rechtlichen Wirkungen, auch in den hiesigen Landen als ein unter der Hofnung der Ehe geschehener Beyschlaf anzusehen sey.

keine andere Art der Abfindung leisten kann, gehalten.

Wenn gleich nach dem gemeinen Kirchenrecht in Deutschland ein jeder Beyschlaf, der auf ein vorgängiges Verlöbniß folget, ohne Unterschied, ob letzteres insgeheim, oder in einiger Zeugen Gegenwart, geschlossen worden, für einen solchen, der in der Hoffnung der Ehe geschehen, anzusehen ist; so ist gleichwohl, meinem Bedünken nach, nicht ein jedes Versprechen der Ehe, das entweder während der gepflogenen Unzucht, oder doch wenigstens unmittelbar vor deren Vollbringung, gemacht worden, dazu hinreichend. Denn, bey der Annahme der gegenseitigen Meynung würden eines Theils, wo nicht alle und jede Stupra, doch wenigstens die allermeisten, als solche, die unter der Hoffnung der zu vollziehenden Ehe vollbracht worden, angesehen werden müssen, und andern Theils setzet, bekannten Rechten nach, ein jedes verbindliches Versprechen den freyen und wohl überlegten Entschluß desjenigen, der die Absicht hat, sich verbindlich zu machen, zum voraus. Jener freye Entschluß ermangelt, so viel ich sehe, offenbar bey demjenigen, der entweder während der Unzucht, oder auch kurz und unmittelbar vor derselben, das Versprechen zu ehelichen gethan hat, und daher kann auch das letztere nicht für verbindlich und rechtsbeständig angesehen werden. Es sind zwar verschiedene Rechtslehrer aus dem als richtig angenommenen Grunde: weil nämlich von der Ge-

schwächten nicht zu vermuthen sey, daß sie ohne wahrscheinliche Hoffnung der Ehe ihre Keuschheit dem Stuprator werde aufgeopfert haben, vielmehr durch das Versprechen der Ehe zur Vollbringung der Unzucht lediglich gebracht worden sey, der gegentheiligen Meynung [aa]). Diese Rechtslehrer behaupten, daß ein während der gepflogenen Unzucht gethanenes Versprechen der Ehe zu deren Vollziehung schlechterdings verbinde, und daß im Läugnungsfall der Stuprator sich eydlich zu reinigen verbunden sey [bb]). Würde nun gleich der Stuprator den Reinigungs-Eyd würklich ableisten, so bliebe er dem ohngeachtet, wenn er das Stuprum selbst nicht abläugnen könnte, der Geschwächten zur Aussteuer, oder einer verhältnißmäßigen Abfindung, gehalten [cc]). Noch andere Rechtslehrer behaupten sogar, daß eine Geschwächte, die dem Stuprator am Stande gleich ist, und die sich sonst in ihrer Aufführung züchtig und rühmlich verhalten hat, wegen ihrer Angabe, daß sie sich unter dem Versprechen der Ehe habe schwängern lassen, bewandten Umständen nach, zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen sey, zumal wenn der Stuprator die würklich getriebene Unzucht nicht in Abrede stellen

aa) *Arg. L. 25. D. de probat. c. 26. X. de sponsal.*

bb) CARPZOV. *in Iurispr. forens. P. 1. Const. 22. Def. 4.* und *5.* und *in Pract. rer. crimin. P. 2. q. 68. n. 91. seqq.*

cc) CARPZOV. *Pract. rer. crimin. c. l. n. 103.*

stellen könnte [dd]). Allein, vermöge der vorhin angeführten Gründe läßt sich sowenig die eine, als die andere Meynung mit genugsamen Grunde vertheidigen, und es ist, meinem Bedünken nach, dem Stuprator sowenig über die Frage: ob er während der Unzucht das Versprechen der Ehe gethan habe? der Eyd zu deferiren, als die Geschwächte darüber zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen ist. Gegentheils ist inzwischen, meiner Einsicht nach, derjenige Beyschlaf, der sich auf ein vorhergegangenes schriftliches, oder mündliches ernsthaftes Versprechen der Ehe gründet, für einen solchen, der unter der Hoffnung der Ehe geschehen, billig anzusehen; wenn anders das bemeldete Versprechen nicht bloß während der Unzucht, oder wenigstens unmittelbar vor derselben, geschehen, sondern wenigstens zwischen dem Versprechen der Ehe und der würklich getriebenen Unzucht ein solcher Zeitraum, in welchem derjenige, der das Versprechen gethan hat, eine genugsame Ueberlegung seiner Handlung anstellen können, verflossen ist. Sollte sodann der Beyschlaf, ohne daß jenes Versprechen der Ehe wiederrufen worden, wenn es gleich während der Unzucht nicht noch einmal bestättiget worden wäre, würklich erfolgen; so ist die fleischliche Vermischung, wenigstens in denjenigen Ländern, woselbst zu der Gültigkeit eines Verlöbnisses nach den Landesgesetzen nicht besonders Zeugen erfodert werden, in Absicht ihrer rechtlichen Folgen als eine

dd) *Select. Iurid. Rostoch. Fasc. 3. Spec. 21. q. 2.*

ne solche, die unter der Hoffnung der Ehe geschehen ist, anzusehen, und der Stuprator, im Fall er sui iuris [ee]) ist, sodann, wenn er jenes Versprechen zu läugnen nicht begehret, oder auch desselben rechtlich überwiesen wird, zur Vollziehung der Ehe schlechterdings gehalten, in soferne anders die geschwächte Person unbescholtenen Lebens und Wandels seyn, und auf die würkliche Vollziehung der Ehe bestehen sollte [ff]). Daß auch der Geschwächten, in Ermangelung näherer Beweise, wegen des unter den angezogenen Umständen gethanen Versprechens der Ehe, die Eydesdelation frey bleibe, ist nach dem Gerichtsgebrauch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen [gg]). So weniges Bedenken es übrigens haben kann, daß eine Geschwächte, die unter dem Versprechen der Ehe Unzucht getrieben haben will, aus dem Grunde, weil sie gleichwohl nicht schwanger geworden, mit ihrem

ee) Daß gerade der Stuprator volljährig seyn müsse, der unter dem Versprechen der Ehe sich mit einer andern fleischlich vermischet haben soll, ist wenigstens an denjenigen Oertern nicht erfoderlich, woselbst die Einwilligung der Curatoren Inhalts gemeiner Rechte zur Gültigkeit eines Verlöbnisses nicht unumgänglich nothwendig ist.

ff) *L. 26. D. de V. O. c. 8. X. de pact.* CARPZOV. *Pr. Crim. c. l. n. 102.*

gg) BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 60.* CARPZOV. *Iurispr. eccles. L. 2. Def. 233. L. 3. Def. 44.* und *in Iurispr. forens. P. 1. Const. 12. Def. 30.*

ihrem Begehren nicht abzuweisen sey [hh]), wenn anders der würklich verübte concubitus nicht zu bezweifeln stehet; eben so ausgemachten Rechtens ist es, daß auch eine Wittwe von unbescholtenem Leben und Wandel mit dem Vorgeben, daß sie unter der gemachten Hoffnung der Ehe die Unzucht vollbracht habe, in Ermangelung anderer erheblichen Gründe vom Gegentheil, damit zu hören sey [ii]). Gegentheils ist inzwischen diejenige Person, die bey ihres Ehemannes Lebzeiten mit einem andern unter dem Versprechen der Ehe Unzucht getrieben haben will, nicht allein mit ihrem darauf gebaueten Antrage sofort abzuweisen, sondern auch als eine bekannte und überwiesene Ehebrecherin zu bestrafen [kk]).

hh) *Arg. c. 1. X. de adulter.* WERNHER *P. 8. Obs. 301.* LYNCKER *Dec. 1000.*

ii) BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 3. Tit. 11. Th. 4. n. 12.* Struben in dem 3ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 147.

kk) *c. 6. X. de eo qui dux. in matrimon.* BOEHMER *in Iur. eccl. Protest. Lib. 4. Tit. 7. §. 3. 5.* SCHORCH *Sent. 69. n. 11—15.* HVBER *Praelect. ad Pandect. Tit. de sponsal. n. 4.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Quistorp, Johann Christian von, 1737-1795

Johann Christian Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit
Bd.: 1. Bd. (1780), 2. Stück.

Rostock u.a. 1778

Bamberg, Staatsbibliothek -- .16 B 1#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11402453-6
VD18 15448460-001